كمال الدراية
وجمع الرواية والدراية
من شروح ملتقى الأبحر

تأليف

العلامة محمد بن ولي بن رسول
الإزميري الحنفي
المتوفى ١١٦٥هـ

اعتنى به وضبطه
محمد مصطفى الخطيب

الجزء السابع

الكفالة، الحوالة، القضاء، الشهادات،
الوكالة



كمال الدراية
وجمع الرواية والدراية
من شروح ملتقى الأبحر

الكتاب : كمال الدراية وجمع الرواية والدراية

Title : KAMĀL AD-DIRĀYA WA JAM' AR-RIWĀYA WA AD-DIRĀYA

التصنيف : فقه حنفي

Classification: Hanafit Jurisprudence

المؤلف : العلامة محمد بن ولي بن رسول الإزميري
(ت ١١٦٥ هـ)

Author : Al-Alama Mohammed ben Waly ben Rasul Al-Izmiry (D. 1165 H.)

المحقق : محمد مصطفى الخطيب

Editor : Mohammed Mostafa Al-Khatib

الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

Pages (11 Vols/11 P) 5904 عدد الصفحات (١١ مجلد/١١ جزء)

Size 17x24 cm قياس الصفحات

Year 2017 A.D. - 1438H. سنة الطباعة

Printed in Lebanon بلد الطباعة لبنان

Edition 1st (2 Colors) الطبعة الأولى (لونان)

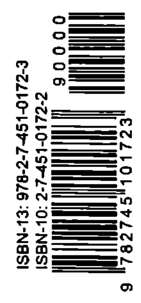
http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah baydoun@al-ilmiyah.com

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.O.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢+
فاكس: ٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣+
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠



ISBN-13: 978-2-7451-0172-3
ISBN-10: 2-7451-0172-2

(كتاب الكفالة)

(كتاب الْكفَالَةِ)

هِيَ ضَمُّ ذمَّةٍ إِلَى ذمَّةٍ فِي الْمُطَالَبَة، لَا فِي الدَّينِ، هُوَ الْأَصَحُّ.

(كِتَابُ الكَفَالَة)

عقب البيوع بذكر الكفالة؛ لأنها تكون في البياعات غالباً، ولأنها إذا كانت بأمر.. كان فيها معنى المعاوضة انتهاءً، فناسب ذكرها عقيب البيوع التي هي معاوضة.

ثم الكفالة في اللغة: هو الضم مطلقاً.

وفي عرف الشرع: (هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة، لا في الدين، هو الأصح).

اختلفوا في معناها الشرعي: قال أكثر مشايخنا: ضمّ ذمة إلى ذمة في المطالبة.

وقال بعضهم - وهو مذهب الشافعي -: إنما هي ضمّ ذمة إلى ذمة في الدين.

قالوا: والأول أصح، واختاره المصنف، واستدلوا عليه: بأن الكفالة كما تصح بالمال.. تصح أيضاً بالنفس، ولا دين ثمة.

وثانيها: لو كانت عبارة عن ضم الذمة إلى الذمة في الدين.. لزم أن يكون الدين الواحد دينين؛ لأن الألف المكفول به مثلاً بعد الكفالة باق على ذمة الأصيل كما كان، ولو ثبت الدين مع هذا في ذمة الكفيل أيضاً.. كان الألف الواحد ألفين، واللازم باطل، فكذا الملزوم.

فإن قيل: إن من ضرورة ثبوت المطالبة في ذمة الكفيل: ثبوت الدين أيضاً، وإلا.. فيلزم طلب المعدوم.

وأجيب: بمنع الملازمة؛ مستنداً بأن الوكيل بالشراء يطالب بالثمن، وأصل الثمن على الموكل لا على الوكيل، فكذا هنا.

وفي «المبسوط»: ذكر هذين القولين ولم يرجح أحدهما، ودفع ما يظن مانعاً

على القول الثاني من لزوم صيرورة الدين الواحد دينين؛ حيث قال: إنه لا مانع؛ لأنه لا يستوفي إلا من أحدهما؛ كالغاصب مع غاصب [١٥٢/ب] الغاصب؛ فإن كلاً ضامن للقيمة، وليس حق المالك إلا في قيمة واحدة؛ لأنه لا يستوفي إلا من أحدهما، واختياره تضمين أحدهما: يوجب براءة الآخر، فكذا هنا، لكن هنا: بالقبض، لا بمجرد اختياره.

ومما يدل على ثبوت الدين في ذمة الكفيل: أنه لو وهب للكفيل.. صح، ويرجع الكفيل به على الأصيل، مع أن هبة الدين من غير من عليه الدين لا تصح.

والحاصل: أنّ ثبوت الدين في الذمة اعتبار من الاعتبارات الشرعية، فجاز أن يعتبر الشيء الواحد في ذمتين.

وإنما يمتنع ذلك في عين ثبت في زمان واحد في ظرفين حقيقيين.

ولكن المختار: هو القول الأول؛ لأن اعتبار الدين في ذمتين وإن أمكن شرعاً.. لكنه لا يجب الحكم بوقوع كلّ إلّا لموجب، ولا موجب ههنا؛ لأن المقصود من الكفالة هو التوثق، وقد حصل ذلك بثبوت حق المطالبة بلا ثبوت الدين في ذمة الكفيل؛ هذا حدّه شرعاً.

وأما ركنه: قالوا: هو الإيجاب والقبول بألفاظ الكفالة التي يأتي ذكرها.

ولم يجعل أبو يوسف في قوله الأخير القبول ركناً، فجعلها تتم بقول الكفيل وحده في المال والنفس، على ما سيظهر لك من كلامه.

ثم اختلفوا على قول أبي يوسف:

قيل: تتوقف على إجازة الطالب.

وقيل: تنفذ وللطالب الرد.

واختلف في أنّ كتابة الكفالة في الخط بلا تلفظ هل هي كفالة أم لا؟

ففي أوّل كفالة «القنية»: «بخ»[1] قال لآخر: تكفل عني بما علي من الدين، فقال: فليكن، وكتب في القبالة كـ: تكفلت لفلان بن فلان بهذا القدر المذكور في هذه القبالة، ولم يتلفظ بها.. ليس للدائن أن يطالبه بها، ولا تصح هذه الكفالة وإن قبل الدائن الخط.

ولو أشهد على نفسه في الصورة الأولى.. لا يصحّ أيضاً.

«بص»[2] كتبة الكفالة في الخط بعدما طلب الدائن كفالته كفالة، وإن لم يتلفظ. انتهى.

وأمّا شرطه: فهي أربعة أنواع: في الكفيل، والأصيل، والطالب، والمكفول به.

ثم منها ما هو شرط الانعقاد، ومنها ما هو شرط النفاذ.

● **أما شرائط الكفيل:** فالعقل والبلوغ، وهما شرطان للانعقاد، فلا تنعقد كفالة مجنون وصبي، والحرية أيضاً وهي شرط للنفاذ؛ فإن كفالة العبد تنعقد، ولا تنفذ، بل يطالب بها بعد العتق، على ما صرّح به في «الخلاصة»، وقال في «الفصولين»: إنّ كفالة القن بإذن المولى تجوز، ويؤخذ القن بها في الرق، وبعد عتقه [١٥٣/أ]. انتهى.

ومعنى «تجوز»: تنفذ، فدلّ بتقييده بالإذن: أن كفالته بغير إذن المولى لا تنفذ، بل تتوقف إلى ما بعد العتق كما في «الخلاصة».

وقال في «البزازية»: إن العبد إن كفل بمال.. ضمن المولى الأقلّ من قيمته ومن الدين، والطالب إن شاء.. يتبع المولى، وإن شاء.. يتبع العبد، وإذا أدّى أحدهما.. يرجع على الأصيل، هذا في الكفالة بالمال.

وأما لو كفل العبد بالنفس، ثم أعتقه مولاه.. لم يضمن شيئاً. انتهى.

---

(١) «بخ» هو رمز «برهان الفتاوى» للبخاري والمسألة في مخطوط «القنية» ص (٣٥٢).

(٢) «بص» هو رمز «برهان الصدر»، والمسألة في مخطوط «القنية» ص (٣٥٢).

وقال في «البحر»: لا تنعقد كفالة الصبي، إلا إذا استدان الولي أو الصبي ديناً في نفقته، وأمره بأن يضمن المال عنه.. فإنه صحيح.

ولو أمره بكفالة نفسه عنه.. لم يجز؛ لأن ضمان الدين قد لزمه من غير شرط؛ فالشرط لا يزيده إِلَّا تأكيداً، فلم يكن متبرعاً.

وأما ضمان النفس - وهو تسليم نفس الأب أو الوصي - فلم يكن عليه، فكان متبرعاً به.. فلم يجز.

ولو أقر الصبي بعد بلوغه بالكفالة حال صباه.. ولا يصح إقراره؛ كما لا يصح إقرار المغمى عليه بعد إفاقته أنه كفل حال إغمائه كما في «البزازية».

ولو وقع الاختلاف بين الصبي بعد البلوغ وبين الطالب، فقال الطالب: كفلت وأنت رجل، وقال الصبي: كفلت وأنا صبي.. فالقول قول الصبي.

ولو قال كفلت وأنا مجنون أو مغمى علي أو مبرسم، وأنكر الطالب وقال: كفلت وأنت صحيح؛ إن كان ذلك معهوداً من المقر.. فالقول قول المقر، وإن لم يكن معهوداً.. فالقول للطالب، كذا في «التاتارخانية».

وقال في «البحر»: والحرية شرط نفاذها، فلم تنفذ كفالة العبد ولو كان مأذوناً له في التجارة، ويؤاخذ بها بعد العتق، بخلاف الصبي؛ فإنه لا يؤاخذ بها بعد البلوغ؛ لعدم انعقادها، إلا إن كفل لدين نفقته بأمر الأب أو الوصي.

وإن أذن المولى لعبده في الكفالة؛ فإن كان مديوناً.. لم يجز، وإلا.. جازت وبيع فيها.

إلا إن فداه.

ولم تجز كفالة المكاتب عن أجنبي ولو أذن مولاه، ويطالب بها بعد عتقه.

وتصح كفالة المكاتب والمأذون عن مولاهما. انتهى.

ومنه علم: أن كلام «الفصولين» يحتاج إلى التقييد.

• **وأما شرائط الأصيل**.. فأمران:

أحدهما: أن يكون قادراً على تسليم المكفول به بنفسه أو بنائبه، فلم تصح الكفالة عن ميت مفلس.

الثاني: أن يكون معلوماً؛ فلو كفل بمال على واحد.. لم تصح؛ لعدم كون الواحد معلوماً.

ولا يشترط أن يكون الأصيل حراً عاقلاً بالغاً.

• **وأما شرائط المكفول له**.. فأمران [١٥٣/ب] أيضاً:

أحدهما: أن يكون معلوماً.

والثاني: أن يكون موجوداً في مجلس العقد، وهو شرط الانعقاد.

ويتفرع عليه: ما ذكر في «الخلاصة» نقلاً عن «الأصل»: إذا كفل رجل لرجل والمكفول له غائب.. فهو باطل.

وقال أبو يوسف آخراً: هو جائز.

وأجمعوا أنه إذا قال بطريق الأخبار.. جاز.

ولو كان المكفول عنه غائباً والطالب حاضراً فأجاز الطالب.. جاز.

فإن قال الطالب: إنه أخرج الكلام مخرج الإخبار وصحّ الكفالة، وقال الكفيل: لا، بل أنشأت.. فالقول قول الطالب. انتهى.

قوله: «وقال أبو يوسف آخراً...» بناء على ما تقدم: من أن الكفالة تنعقد عنده بالإيجاب بدون القبول.

• **وأما شرائط المكفول به**: فأن يكون:

مضموناً على الأصيل؛ ديناً أو عيناً أو نفساً أو فعلاً.

وأن يكون مقدور التسليم من الكفيل.

وَلَا تصحُّ إِلّا مِمَّن يملكُ التَّبَرُّعَ.

وَهِي ضَرْبَان: بِالنَّفسِ وبالمالِ.

فَالْأُولى: تَنْعَقِدُ بكَفِلْتُ بِنَفسِهِ، ....

وأن يكون لازماً، وهو خاص بالكفالة بالمال.

فالمصنف أشار إلى شرائط الكفيل بقوله: (**ولا تصح**) أي الكفالة (**إِلَّا ممن يملك التبرع**) وهو: الحر العاقل البالغ؛ فإن العبد والمجنون لا يملك التبرع.. فلا تصحّ كفالته على ما تقدم تفصيله.

وهل: تصح كفالة المريض؟

ففي «البحر»: لا يشترط أن يكون الكفيل صحيحاً، فتصح كفالة المريض، لكن من الثلث؛ لأنها تبرع، وتبرع المريض لا ينفذ فيما زاد على الثلث.

ولما ذكر تعريف الكفالة وشرط الكفيل.. شرع في بيان نوع الكفالة، فقال: (**وهي**) أي: الكفالة: (**ضربان**):

أحدهما: كفالة (**بالنفس**) والمضمون بها إحضار المكفول به.

وقال الشافعي: لا تجوز الكفالة بالنفس لأنه لا يقدر على تسليمه؛ لعدم انقياده له.

ولنا: إطلاق قوله ﷺ: «الزعيم غارم»، والكفيل بالنفس غارم أيضاً؛ لأن الغرم ينبئ عن لزوم ما يضر، وهو يتضرّر بإحضار المكفول به، وعدم قدرته على التسليم ممنوع؛ لأن قدرة كل شيء بحسبه، وهو يقدر على أن يعلم الطالب مكانه ويخلّي بينه وبينه، أو يستعين بأعوان القاضي.

وهل يجبر بإعطاء الكفيل بالنفس، أو لا يجبر؟

فيه تفصيل سيأتي بيانه.

(**و**) الثاني: كفالة (**بالمال**)، ثم شرع في بيان كل من الضربين، فقال: (**فالأولى تنعقد بكفلت بنفسه**)؛ فإنه يعبّر به عن البدن حقيقة، وفي هذا اللفظ إشارة إلى ما

أَو برقبتِهِ، وَنَحْوِهَما مِمَّا يُعَبَّرُ بِهِ عَنِ الْبدنِ، أَو بِجُزْءٍ شَائِعٍ مِنْهُ كنصفِهِ، أَو عُشْرِهِ، وبضمنتُهُ، أَو هُوَ عليّ، أَو إِليّ، أَو أَنَا زعيمٌ، أَو قَبيلٌ بِهِ. ....

تقدم من أن الكفالة تتم بقول الكفيل وحده، بلا حاجة إلى قبول الخصم عند أبي يوسف.

(أو برقبته)؛ فإنه يعبّر به عن البدن أيضاً عرفاً.

(ونحوهما مما يعبّر به عن البدن) حقيقة نحو: بجسده أو ببدنه، أو عرفاً نحو بوجهه أو برأسه أو بعنقه.

(أو بجزء [١٥٤/أ] شائع منه) أي من البدن (كنصفه أو عشره) أو ثلثه؛ لأن النفس الواحدة في حقّ الكفالة لا تتجزأ، فكان ذكر بعضها شائعاً.. كذكر كلها.

بخلاف ما إذا قال: تكفلت بيد فلان أو برجله؛ لأنه لا يعبّر بهما عن البدن أصلاً.. فلا تصح الكفالة بهما؛ كما لا يصح الطلاق بهما.

(وبضمنته) عطف على قوله: «بتكفلت»، وهذا لأنه صريح أوجب عقد الكفالة.

وفيه إشارة إلى ما قال في «البحر» عن «الخانية»: من أنه لو قال: أنا ضامن حتى يجتمعا أو يلتقيا.. لا يكون كفيلاً؛ لأنه لم يبين المضمون أنه نفس أو مال. انتهى.

(أو هو علي) لأنه صيغة الالتزام. وفي «السراج الوهاج» لو قال: هو عليّ حتى يجتمعا أو يلتقيا.. فهو جائز؛ لأن قوله: «هو علي» ضمان مضاف إلى الغير، وجعل الالتقاء غاية له.

وفي «الخانية»: لو قال: هو عليّ حتى يجتمعا.. فهو كفيل إلى الغاية التي ذكرها. انتهى.

(أو إليّ)؛ لأنه في معنى «عليّ» في هذا الباب، على ما ورد في الحديث.

(أو أنا زعيم)؛ لأن الزعامة هي الضمان والكفالة.

(أو قبيل به)؛ لأن القبيل هو الكفيل، ولهذا سمي الصك: قبالة.

لَا بِأَنا ضَامِنٌ لمعرفته.

وَصَحَّ أَخذُ كفيلين وَأَكْثَرَ.

وَيجبُ فِيهَا إِحْضَارُ المكفولِ بِهِ إِذا طلبه الْمَكْفُولُ لَهُ؛ فَإِن لم يُحضْرهُ.. حُبِسَ، ....

(لا بأنا) زعيم أو (ضامن لمعرفته)؛ لأنه التزام المعرفة دون المطالبة.

هذا على قول أبي حنيفة.

وذكر في «المنتقى»: أنه إذا قال: أنا ضامن لك لمعرفة فلان.. فهو كفالة على قول أبي يوسف، وعليه معاملة الناس.

وقال الفقيه أبو الليث: هذا القول من أبي يوسف غير مشهور، والظاهر: ما روي عنهما.

وفي «البحر» عن «خزانة الواقعات»: وبقولهما يفتى.

(وصح أخذ كفيلين وأكثر) جملة أو على التعاقب؛ لأن موجب هذه الكفالة التزام المطالبة وهي متعددة، والمقصود منها: زيادة توثق، وبالثانية يزداد التوثيق، فيجوز، وإذا سلم أحد الكفيلين نفس الأصيل.. برئا معاً.

(ويجب فيه) أي: في الكفالة بالنفس، والتذكير باعتبار العقد (إحضار المكفول به) في مكان يقدر له أن يخاصمه؛ مثال: أن يكون في مصر (إذا طلبه المكفول له)؛ لأنه التزام فيجب فيه الإيفاء كما التزم؛ فإذا سلمه.. برئ عن المطالبة؛ لأنه ما التزم إلّا تسليمه مرّة، وقد حصل ذلك.

وإنما وجب في مكان يقدر أن يخاصمه المكفول له؛ لأن المقصود بالكفالة بالنفس هو المحاكمة عند القاضي، وذلك لا يحصل إلا بمثل ذلك المكان.

(فإن لم يحضره) بعد الطلب مع قدرته على الإحضار في ذلك المكان (..حبس) الوكيل الكفيل لامتناعه عما وجب عليه مع قدرته.

أما إذا عجز عن الإحضار؛ فإما أن يعلم مكانه أو لا [١٥٤/ب]:

وَإِن عَيَّنَ وَقَت تَسْلِيمِهِ.. لزِمَهُ ذَلِك فِيهِ إِذا طَالبه.

فَإِن سلّمَهُ قبلَ ذَلِك.. برئَ؛ ....

فإن كان الأول..مهله مدّة ذهابه وإيابه، وإن كان الثاني.. لا يطالب به على ما سيأتي.

واعلم أنه لا يلزم أحداً إحضار أحد، ولا يجبر عليه إلا في مسائل.

الأول: الكفيل بالنفس عند القدرة.

الثاني: الأب إذا أمر أجنبياً بضمان ابنه، فطلبه الضامن منه.. فعلى الأب إحضار ابنه؛ لكونه في تدبيره.

الثالث: سجان القاضي خلى رجلاً من المسجونين حبسه القاضي بدين عليه.. فلربّ الدين أن يطلب السجان إحضاره.

الرابع: ادّعى الأب مهر بنته على الزوج، فادعى الزوج أنه دخل بها وطلب من الأب إحضارها؛ فإن كانت تخرج في حوائجها.. أمر القاضي الأب بإحضارها.

وكذا لو ادّعى الزوج عليها شيئاً آخر.

وإلَّا.. أرسل إليها أميناً من أمنائه، كذا في كفالة «الأشباه».

(**وإن عين وقت تسليمه.. لزمه ذلك**) أي: إحضاره وتسليمه (**فيه**) أي: في ذلك الوقت (**إذا طالبه**) وليس له أن يطالبه قبل ذلك الوقت.

(**فإن سلمه قبل ذلك**) الوقت (**.. برئ**) الكفيل عن المطالبة؛ لحصول المقصود، لكن هذا إذا سلمه فيما كان يقدر أن يخاصمه عند القاضي، وإلا.. فلا.

هذا إشارة إلى بيان الكفالة المقيدة بالوقت، وذكرها في «الخلاصة» وقال: ولو كفل بنفس فلان إلى شهر، ثم دفعه إليه قبل الشهر.. برئ وإن أبى المكفول له أن يقبله، هكذا ذكره الحاكم والإمام السرخسي، ولم يتعرضا إلى ما بعد الشهر.

وقال في «شرح الشافي»: يجب عليه تسليمه بعد الشهر؛ كمن باع شيئاً بثمن مؤجل إلى شهر.

فَإِن غَابَ الْمَكْفُولُ بِهِ وَعَلِمَ مَكَانَهُ.. أمهلَه الْحَاكِمُ مُدَّةَ ذَهَابِهِ وإِيابِهِ ....

وفي «النوازل»: سئل الفقيه أبو جعفر عن رجل كفل بنفس رجل إلى ثلاثة أيام فمضت ثلاثة أيام، هل يبرأ من الكفالة؟ قال: لا يبرأ، وإنما ثلاثة أيام أجل لتأخير المطالبة.

وفي «السير الكبير»: لو كفل بنفس رجل إلى شهر.. لم يبرأ بمضي شهر ما لم يسلم نفس الخصم إليه.

فإن قال: على أني بريء من الكفالة بعد الشهر.. فعلى ما قال.

وفي «الخانية»: رجل كفل بنفس رجل إلى ثلاثة أيام، ذكر في «الأصل»: أنه يصير كفيلاً بعد الأيام الثلاثة، وجعل بمنزلة ما لو قال لامرأته: أنت طالق إلى ثلاثة أيام؛ فإن الطلاق يقع بعد ثلاثة أيام.

وعن أبي يوسف: أنه يصير كفيلاً في الحال، وفي الطلاق يقع الطلاق في الحال أيضاً.

وقال الفقيه أبو جعفر: يصير كفيلاً في الحال.

قال: وذكر الأيام الثلاثة لتأخير المطالبة إلى ثلاثة أيام، لا لتأخير الكفالة، ألا ترى أن هذا الكفيل لو سلم نفس المكفول عنه قبل الأيام الثلاثة.. يجبر الطالب على القبول [١٥٥/أ].

وما ذكر في «الأصل»: أنه يصير كفيلاً بعد الأيام الثلاثة.. أراد به: أنه يصير كفيلاً مطالباً بعد الأيام.

وغيره من المشايخ أخذوا بظاهر الكتاب وقالوا: لا يصير كفيلاً في الحال؛ فإذا مضت الأيام الثلاثة قبل تسليم النفس.. يصير كفيلاً أبداً، لا يخرج عن الكفالة ما لم يسلم. انتهى.

(**فإن غاب المكفول به وعلم مكانه.. أمهله الحاكم مدة ذهابه وإيابه**).

ولو لحق بدار الحرب مرتداً؛ إن بالدخول بها.. لا تسقط الكفالة، وكونه في

فَإِن مَضَت وَلم يحضرْهُ: حَبسه.

وَإِن غَابَ وَلم يَعْلَمْ مَكَانَهُ.. لَا يُطَالَبُ بِهِ.

وَتبطلُ بِمَوْت الْكَفِيلِ، ....

حكم الموتى بعد الدخول بها إنما هو في حق قسمة ماله بين ورثته لا في حق نفسه؛ لأنه حيّ في حقّ نفسه، حتى يطالب بالتوبة وتسليم النفس إلى الخصم على ما في «النهاية» و«التبيين».

وعن «الذخيرة»: أنه إذا لحق بدار الحرب مرتداً.. ينظر؛ إن كان الكفيل قادراً على ردّه بأن يكون بيننا وبينهم معاهدة أن من لحق بهم مرتداً يردونه إلينا إذا طلبناه.. يمهل الكفيل مدة ذهابه وإيابه، وإن لم يكن قادراً.. لا يؤاخذ به؛ كما في الموت الحقيقي.

(**فإن مضت ولم يحضره.. حبسه**) الحاكم لتحقق امتناعه.

(**وإن غاب ولم يعلم مكانه.. لا يطالب**) الكفيل (**به**) أي: بإحضاره إلى أن يعرف مكانه، هذا إن رافعه الطالب على ذلك؛ لتصادقهما على العجز عن التسليم في الحال، وإن لم يصدقه، فقال الكفيل: لا أعرف مكانه، وقال الطالب: لا، بل تعرفه؛ فإن كانت له خرجة معروفة يخرج إلى موضع معلوم للتجارة في كل وقت.. فالقول للطالب، يؤمر الكفيل بالذهاب إلى ذلك الموضع؛ لأن الظاهر شاهد له، والقول لمن يشهد الظاهر له.

وإن لم يكن ذلك معروفاً منه.. فالقول للكفيل؛ لأنه متمسك بالأصل - وهو الجهل بالمكان - وينكر لزوم المطالبة إياه.

وقيل: لا يلتفت إلى قول الكفيل، ويحبسه الحاكم إلى أن يظهر عجزه، وعليه عمل القضاة اليوم؛ لأن المطالبة توجهت عليه.. فلا يصدق على إسقاطها عن نفسه بمجرد قوله.

ولم يذكر الكفالة المقيدة بوقت.

(**وتبطل**) أي: الكفالة بالنفس (**بموت الكفيل**)؛ لعجزه عن التسليم.

والمكفولِ بِهِ وَلَو عبداً،...

فإن قيل: فليؤد وارثه الدين عن تركته ولم تبطل الكفالة كما في الكفالة بالمال؛ لأن الكفيل بالمال إذا مات لا تبطل الكفالة، بل تبقى حتى يطالب ورثته بها؛ لأن حكمه بعد موته ممكن بأن يوفي الورثة من ماله، ثم ترجع إلى الأصل، إن كانت بأمره وكان الدين حالاً، وإن مؤجلاً، فلا رجوع لهم قبل حلول الأجل، كذا في «البحر».

وقال في «الحاوي القدسي»: وإن مات الكفيل [١٥٥/ب] بالدين المؤجل.. حلّ الدين في ماله ولورثته الرجوع على الأصيل إلى أجله.

وكذا إن مات المكفول عنه والكفيل حي؛ فإن مات الطالب.. فهو على الكفيل، والأصيل كما كان. انتهى.

وفيه أيضاً: أن بطلان الكفالة بالنفس بموت الكفيل هو مختار صاحب «الهداية» ومن تبعه.

وقال الكرخي: إنها لا تبطل بموت الكفيل؛ كما في الكفالة بالمال، ويطالب وارثه بإحضاره، عزاه إلى «السراج الوهاج».

(و) بموت (**المكفول به**)؛ لعجزه عن التسليم أيضاً، (**ولو**) وصلية (**عبداً**).

وفي «البحر» نقلاً عن «الخلاصة»: لو كفل بنفس عبد فمات العبد.. برئ الكفيل إن كان المدعى به المال على العبد، وإن كان المدعى به نفس العبد.. لا يبرأ، ويضمن قيمته. انتهى.

وهكذا في «البزازية».

وأشار باقتصار بطلانها على موت الكفيل والمكفول به إلى أنها لا تبطل بإبراء الأصيل على ما صرح به في «البحر»، وأيده بما في أوائل كفالة «البزازية»: كفل بنفس، ثم أقره الطالب أنه لا حق له قِبَل المكفول به.. له أن يأخذ الكفيل بتسليمه،

دونَ موتِ الْمَكْفُولِ لَهُ، بل يُطَالِبُ وَارثُه أَو وَصِيُّهُ الْكَفِيلَ.

وَيبرأُ: إِذا سلَّمه حَيْثُ تُمْكِنُ مخاصمتُه، وإِنْ لم يقل: إِذا دَفعته إِلَيْك.. فَأَنا بَرِيء.

وبتسليمِ وَكيلِ الْكَفِيلِ.

أَو رَسُولهِ.

ولا يبرأ، ولو قال الطالب: لا حق لي قِبَل المكفول به، لا من جهته ولا من جهة غيره، ولا بوكالة ولا بوصاية ولا بولاية.. برئ من الكفالة. انتهى.

فقولهم: «براءة الأصيل توجب براءة الكفيل» إنما هو في الكفالة بالمال، (**دون موت المكفول له**) أي: الطالب، (**بل يطالب وارثه أو وصيه الكفيل**)؛ لقيام كل منهما مقام الميت في الدعوى، فيه إشارة إلى أن الوارث مقدم على الوصي في المطالبة إذا اجتمعا.

والصحيح: أن الوصي مقدم على الوارث؛ كما في «الهداية».

(**ويبرأ**) الكفيل (**إذا سلمه؛ حيث تمكن**) المكفول له (**مخاصمته**) عند القاضي؛ كموضع وجد فيه القاضي، (**وإن**) وصلية (**لم يقل**) الكفيل: (**إذا دفعته إليك.. فأنا بريء**)؛ لأن موجب هذه الكفالة البراءة عند التسليم وقد وجد ذلك، والنص على الموجِب عند حصول الموجَب ليس بشرط؛ كثبوت الملك بالشراء.

ولا يشترط أيضاً قبول الطالب تسليمه كما في قضاء الدين، وإلا.. لربما امتنع الطالب عن القبول فيتضرر به الكفيل.

(**وبتسليم وكيل الكفيل أو رسوله**) عطف على قوله: «إذا سلمه» أي: ويبرأ الكفيل بتسليم وكيله أو رسوله المكفول به إلى الطالب؛ لقيامهما مقامه.

وهل يبرأ بالتسليم إلى وكيل الطالب؟

ففي «البحر»: إنه يبرأ بالتسليم إليه إن كان وكيلاً يأخذ الكفيل من المطلوب.

وبتسليم الْمَكْفُولِ بِهِ نَفسَه من كفَالَتِه؛ فَإِن شَرطَ تَسْلِيمَه فِي مجْلِسِ القَاضِي فسلّمه فِي السُّوقِ.. قَالُوا: يبرأُ، وَالْمُخْتَار فِي زَمَانِنَا: أَنَّه لَا يبرأُ.

وفي «الخلاصة»: القاضي إذا أخذ كفيلاً من المدعى عليه بنفسه بأمر الكفيل أو لا بأمره.. فالكفيل إذا سلمه إلى القاضي أو إلى رسوله.. برئ، وإن سلمه إلى [١٥٦/أ] المدعي.. لا.

وهذا إذا لم يضف الكفالة إلى المدعي، وإن أضاف إليه بأن قال: اكفل للمدعي.. فالجواب على العكس. انتهى.

وقال في «البزازية» هنا: أخذ القاضي من المدعى عليه كفيلاً بنفسه بأمر المدعي أو لا بأمره.. فالكفيل إذا سلمه إلى القاضي.. برئ.. إلى آخر ما في «الخلاصة».

ولا يخفى عليك أن إضافة الأمر إلى المدعي في عبارة «البزازية»: من قبيل إضافة المصدر إلى الفاعل، أي: بطلب المدعي الكفيل من المدعى عليه.

وفي عبارة «الخلاصة»: من قبيل الإضافة إلى المفعول؛ أي: بأمر المدعى عليه الكفيل.

(**وبتسليم المكفول به نفسه من كفالته**) بأن قال: دفعت نفسي إليك من كفالة فلان؛ لحصول مقصود الطالب.. برئ الكفيل.

وإن سكت ولم يقل: قبلت.. لم يبرأ، على ما في «قاضي خان».

بخلاف ما إذا سلمه الكفيل؛ فإنه يبرأ؛ قبل الطالب أو لا.

وبخلاف ما إذا لم يصرح الأجنبي عند الدفع عن كفالة فلان؛ فإنه لا يبرأ؛ لعدم حصول الحضور من جهة الكفيل.

(**فإن شرط تسليمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق.. قالوا: يبرأ**) لحصول المقصود، وهو القدرة على المخاصمة عند القاضي (**والمختار في زماننا: أنه لا يبرأ**)، قاله الإمام السرخسي نقلاً عن المتأخرين.

وَإِن سلّمَهُ فِي مصرٍ آخَر.. لَا يبرأُ عِنْدهمَا.

وَيبرأُ عِنْد الإِمَامِ.

وَإِن سلَّمهُ فِي بَرِيَّةٍ أَو فِي السَّوَادِ.. لَا يبرأ.

وهذا؛ لأن الظاهر في زماننا المعاونة على الامتناع؛ لغلبة الفسق والفساد، لا على الإحضار.. فالتقييد بمجلس القاضي مفيد.

(**وإن سلمه في مصر آخر**) أي لو شرط أن يسلمه إليه في مصر فسلمه في مصر آخر (.. **لا يبرأ عندهما**)؛ لأنه قد يكون شهوده فيما عينه من المصر.. فلا يكون التسليم في مصر آخر مفيداً.

(**ويبرأ عند الإمام**)؛ للقدرة على المخاصمة.

وأجيب عن قولهما: بأن شهوده كما يتوهم أن يكون في المصر الذي شرطه.. يتوهم أيضاً أن يكون فيما سلمه، فتعارض الموهومان، فتساقطا، وبقي التسليم من الكفيل على الوجه الذي التزمه، فيبرأ.

وهذا لأن المعتبر بمكة من أن يحضر مجلس القاضي؛ إما ليثبت الحق، أو يأخذ منه كفيلاً، وقد حصل ذلك.

وقيل: هذا اختلاف عصر وزمان، والذي فهم من تقديم قول الإمامين: ترجيحه على ما ورد عنه، لكنه قدم في «الخلاصة» قول الإمام أبي حنيفة على قولهما.

وقال في «البحر»: برئ عند أبي حنيفة إن كان في ذلك المصر سلطان أو قاض وكانت الكفالة غير مقيدة بمصر، وإلا.. فلا يبرأ بالاتفاق.

وفي «فتح القدير»: قولهما أوجه.

(**وإن سلمه في برية أو في السواد.. لا يبرأ**)؛ أي: لو شرط أن يسلمه في مصر [١٥٦/ب] فسلمه في برية ليس فيه قاض، ولا وال، أو سلمه في سواد، أي: في قرية ليس فيها قاض ولا وال.. لا يبرأ؛ لعدم حصول المقصود، وهو القدرة على المحاكمة؛ إذ لا قاضي ثمة.

وَكَذَا إِن سلَّمه فِي السجْنِ وَقد حَبسهُ غيرُ الطَّالِب.

فَإِن كفلَ بِنَفسِهِ على أَنَّه إِن لم يوافِ بِهِ غَداً فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا عَلَيْهِ، ......

(**وكذا**) أي: لا يبرأ (**إن سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب**)؛ لعدم القدرة على المحاكمة فيه أيضاً.

وفي «العناية» نقلاً عن «الواقعات»: رجل كفل بنفس رجل محبوس، فلم يقدر على إتيانه.. لا يحبس الكفيل؛ لأنه عجز عن إحضاره.

ولو كفل به وهو مطلق غير محبوس، ثم حبس.. حبس الكفيل حتى يأتي به؛ لأنه حال ما كفل به قادر على الإتيان.

وفي «الخلاصة» نقلاً عن «المنتقى»: رجل كفل بنفس محبوس.. ينبغي للقاضي أن يخرجه حتى يدفعه الكفيل إلى المكفول له، ثم يعيده إلى السجن.

وفي «العيون»: لو ضمن للآخر بنفس رجل، وحبس المطلوب في السجن فسلم.. لا يبرأ.

ولو ضمنه وهو في الحبس فسلمه.. يبرأ.

ولو خلي عن الحبس، ثم حبس ثانياً فدفعه إليه وهو في الحبس؛ إن كان الحبس الثاني في أمور التجارة ونحوها.. صح الدفع، وإن كان في أمر من أمور السلطات.. لا يبرأ.

حبس الطالب المطلوب، ثم طالب الكفيل به، فدفعه وهو في حبسه:

قال محمد: برئ.

ولو قال المطلوب: دفعت إليك نفسي عن كفالة فلان وهو في حبسه.. جاز، وبرئ. انتهى.

(**فإن كفل بنفسه على أنه إن لم يواف به غداً، فهو ضامن لما عليه**)؛ أي: من المال، قيده به؛ لأنه لو لم يقل: «ما عليه».. لم يلزم الكفيل شيء عند عدم الموافاة على قول محمد؛ خلافاً لهما، كذا في «العناية».

فَلَم يوافِ بِهِ غَداً.. لزمَه مَا عَلَيْهِ وإِنْ مَاتَ.

(**فلم يواف به غداً.. لزمه ما عليه**) بمضي الغد؛ لأن الكفالة بالمال في هذه الصورة معلقة بشرط عدم الموافاة، وهو تعليق بشرط متعارف، فيكون صحيحاً؛ فإذا صح التعليق ووجد الشرط.. لزمه المال (**وإن**) وصلية (**مات**) أي: المكفول عنه؛ أي: المطلوب يعني.. لزمه المال بعدم الموافاة به ولو كان عدم الموافاة بعد موت المكفول عنه.

فإن قيل: شرط وجوب المال عليه: عدم موافاته مستحقة عليه، وبموت المطلوب بطل الكفالة بالنفس على ما تقدم، وإذا بطلت الكفالة بالنفس.. بطل ما يترتب عليها من كفالة المال؛ لأنها تابعة لها، فكيف يلزمه المال بعدم موافاته بعدما برئ عنه ببطلان الكفالة بموت المكفول عنه؛ كما إذا أراد الطالب عن الكفالة بالنفس سقط عنه الكفالة بالمال أيضاً.

أجيب عنه: بأن الإبراء وضع للفسخ فتنفسخ به الكفالة بالنفس من كل وجه، والموت لم يوضع للفسخ، وإنما برئ [١٥٧/أ] لعجزه عن التسليم المستحق بالكفالة؛ لأن المستحق عليه تسليم يقع ذريعة إلى الخصام، وهو عاجز عنه، فكان ضرورياً، فيتقدر بقدرها، فيبرأ عن التسليم، ولا ضرورة إلى انفساخه في حق الكفالة بالمال.

والحاصل: أن بالموت تنفسخ الكفالة بالنفس في حق تسليمه إلى الطالب للضرورة فيه، لا في حق الكفالة بالمال؛ لعدم الضرورة فيه، وبهذا الجواب يندفع ما يتوهم من أن المراد بقوله: «ولم يواف به» عدم الموافاة مع القدرة على الموافاة؛ فإن عجز عنها.. لا يلزمه المال، وبموت المطلوب قد تحقق العجز.. فلا يلزمه المال.

ووجه الاندفاع: أن العجز المتحقق بموت المطلوب: هو العجز عن تسليم نفس المطلوب، لا العجز عن المطلوب، هكذا ذكر هذه المسألة في «البزازية»؛ حيث قال: إن لم يواف به غداً فعليه ما عليه، فمات المكفول عنه.. لزمه المال بمضي الغد. انتهى.

وَلَا يبرأُ من كَفَالَةِ النفس.

ثم قال: كفل بنفسه على أنه متى طالبه سلمه إليه؛ فإن لم يسلمه فعليه ما عليه، ومات المطلوب، فطالبه بالتسليم وعجز عنه.. لا يلزم المال؛ لأن المطالبة بالتسليم بعد الموت.. لا تصح؛ فإذا لم تصح المطالبة.. لم يتحقق العجز الموجب للزوم المال، فلا يجب. انتهى.

وفي «البحر»: إن جنون المطلوب كموته فيما ذكر.

بخلاف موت الكفيل؛ فإن بموته لم يتحقق شرط الكفالة المعلقة ههنا؛ فإن وارثه يقوم مقامه؛ كموت الطالب، ولو اختلفا، فقال الكفيل: وافيتك به، وقال الطالب: لم توافني به.. فالقول للطالب، والمال لازم على الكفيل؛ لأن سبب وجوب المال التزام المال بالكفالة، إلا أن الموافاة شرط للبراءة، فلا تثبت بقول الكفيل؛ كذا في «الخانية».

وذكر في «البزازية»: أنه إذا علق المال بعدم الموافاة.. لا يصدق الكفيل على الموافاة إلا بحجة.

وبيانه ما ذكر في «نظم الفقه»: قال الكفيل: دفعته إليك في اليوم المشروط، وأنكره الطالب.. فالأمر على ما كان في الابتداء، ولا يمين على واحد منهما؛ لأن كلاً منهما مدع؛ الكفيل: البراءة، والطالب: الوجوب، ولا يمين على المدعي عندنا. انتهى.

(ولا يبرأ) الكفيل بوجوب المال بالتكفل به عند وجود الشرط على عدم الموافاة (من كفالة النفس)؛ لأن الكفالة بالنفس لما تحققت حقاً للمكفول له. لا تبطل إِلَّا بما ينافيها من تسليم المطلوب أو الإبراء أو موت الكفيل أو الأصيل، وليست الكفالة بالمال منافية لهما لاجتماعهما معاً، ولأن كلاً منهما للتوثق، فلا تبطل إحداهما بالأخرى.

ومنِ ادّعى على آخرَ مائَةَ دِينَارٍ بَيّنَهَا، أَو لم يبيِنْها فكفل بنفسه رجلٌ على أنَّه إنْ لم يوافِ به غَداً فَعَلَيهِ الْمائَةُ فَلم يوافِ بِهِ غَداً.. لزمَه الْمائَةُ، خلافاً لمُحَمدٍ.

فإن قيل: إنه لما بطل الكفالة بالنفس [١٥٧/ب] بموت الأصيل؛ أي: المكفول عنه.. فكيف يصح القول له: «ولا يبرأ من كفالة النفس» بعد قوله: «لزمه ما عليه وإن مات المكفول عنه»؟

قلنا: قد تقدم أن الكفالة بالنفس ههنا إنما تبطل في حق تسليمه إلى الطالب للضرورة فيه، لا في حق لزوم المال؛ فمعنى قوله: «ولا يبرأ من كفالة النفس» لا يبرأ في حق لزوم المال وإن برأ في حق التسليم، قال الشافعي: الكفالتان هنا كلاهما باطلان؛ أما الكفالة بالنفس.. فلما تقدم في أول الكتاب، وأما الكفالة بالمال.. فلأنها معلقة بالشرط، وتعليق سبب وجوب المال بالشرط لا يجوز كالبيع؛ لأن الشرط على خطر الوجود.

قلنا: هذا قياس، لكنا عملنا بالاستحسان؛ لتعامل الناس، والعرف قاض على القياس، ولأنا لا نسلم أنها تعليق سبب وجوب المال بالشرط؛ لأن الكفالة عندنا التزام المطالبة، لا التزام المال حتى يكون سبباً له، ولو سلم، ولكن الكفالة بالمال تشبه البيع انتهاء من حيث إنها معاوضة؛ حيث يرجع الكفيل على الأصيل إذا كان بأمره، ويشبه النذر ابتداء من حيث إنه التزام ابتداء، فلشبهه بالبيع ينبغي أن لا يجوز تعليقه بالشرط، ولشبهه بالنذر يصح تعلقه بمطلق الشرط، فقلنا بجواز تعليقه بشرط متعارف، دون غيره؛ عملاً بالشبهين، والشرط المذكور شرط متعارف عليه، ليس كهبوب الريح وإمطار السماء.

(**ومن ادعى على آخر مائة دينار؛ بينها**) بأنها جيدة أو رديئة، هندية أو مصرية؛ كذا في «العناية» (**أو لم يبينها، فكفل بنفسه رجل على أنه إن لم يواف به غداً فعليه المائة، فلم يواف به غداً**) بعد مطالبة الطالب (**.. لزمه المائة**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف في رواية عنه.

(**خلافاً لمحمد**) قال: إن لم يبينها وتكفل به رجل، ثم ادعى وبينها.. لا يقدر على مطالبة الكفيل، ولا تلزمه المائة، وله فيه طريقان:

أحدهما: أن الكفيل علق مالاً مطلقاً بأمر متردد وهو عدم الموافاة غداً؛ فإنه يحتمل: أن يكون، وأن لا يكون، والكفالة على هذا الوجه لا تصح وإن بينها؛ لاحتمال أنه لم يلتزم المال الذي هو على المدعى عليه، بل التزم ما التزمه على وجه الرشوة بترك المدعى عليه في الحال.

ويؤيده: إطلاق المال عن النسبة؛ فإنه لم ينسبه إلى ما عليه؛ حيث لم يقل: المائة التي لك عليه، وهذا الوجه منقول عن أبي منصور الماتريدي، وهو - كما ترى - يقتضي أن لا تصح الكفالة وإن بين المال، وبه صرح في «الهداية».

والثاني: أن الدعوى بلا بيان غير صحيحة، فلم يجب إحضار النفس، وحينئذ لا تصح الكفالة بالنفس، فلا يصح ما يبتنى [١٥٨/أ] عليها، وهذا الوجه منقول عن الكرخي، وهو يقتضي الصحة إذا كان المال معلوماً عند الدعوى.

ولهما: أن المال ذكر معروفاً؛ لأنه قال: فعليَّ المائة، فينصرف إلى ما عليه، وتكون النسبة موجودة، فخرج عن كونه رشوة، فكان المال معلوماً، والدعوى صحيحة، فصحت الكفالة بالنفس والكفالة بالمال معاً؛ لأن الثانية مثبتة على الأولى، وهذا في مقابلة الوجه الأول لمحمد.

وأما ما يقابل للوجه الثاني له.. فهو أنه لا بأس بعدم كون المال معلوماً عند الدعوى؛ لأن العادة جرت بالإجمال في الدعاوى في غير مجلس القضاء؛ دفعاً لحيل الناس والخصوم، والبيان عند الحاجة في مجلس القضاء، فيصح الدعوى على اعتبار البيان؛ فإذا بين.. التحق البيان بأصل الدعوى؛ فكأنه أراد بالمائة المطلقة في الابتداء: المائة التي يدعيها وبينها في الآخرة، فصحت الكفالة له بالنفس والمال جميعاً.

وقال في «الخلاصة»: وإذا كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غداً فعليه ألف درهم، ولم يقل: الألف الذي عليه، فمضى غد ولم يواف به، وفلان يقول: لا شيء علي، والطالب يدّعي ألف درهم، والكفيل ينكر وجوبه على الأصيل.. فعلى

وَلَا يجْبرُ على إِعْطَاءِ كَفِيلٍ بِالنَّفسِ فِي حَدٍّ وقِصَاصٍ.

فَإِن سمحَتْ بِهِ نَفسُه.. صَحَّ.

وَقَالا: يجْبرُ فِي الْقِصاصِ، ....

الكفيل ألف درهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف في قوله الأول، وفي قوله الآخر - وهو قول محمد -: لا شيء عليه. انتهى.

(**ولا يجبر على إعطاء كفيل بالنفس في حدّ وقصاص**) يعني: أنّ من توجه عليه الحد أو القصاص إذا طلب منه كفيل بنفسه لإحضاره في مجلس القاضي لإثبات الحد والقصاص عليه، فامتنع عن إعطائه.. لا يجبر عليه عند أبي حنيفة.

(**فإن سمحت به نفسه**) أي: تبرع بإعطاء الكفيل عن نفسه من غير جبر عليه (.. **صح**) أخذه بالإجماع؛ لأن تسليم نفسه مستحق عليه، فتصح الكفالة به.

فإن قيل: إنهم قد صرحوا بعدم جواز أخذ الكفيل للحد والقصاص، وسيأتي في الكتاب أيضاً مصرحاً؛ لعدم إمكان استيفائها من الكفيل، فكيف يصح القول إنه يصح أخذ الكفيل بالنفس في حد وقصاص وإن لم يجبر على إعطائه، وهل هذا إلا تناقض؟!

قلنا: ليس المراد بصحة أخذ الكفيل بالنفس هنا الكفالة للحد والقصاص، بل المراد به: أخذ الكفيل لإحضار من توجه عليه الحد والقصاص في مجلس القاضي؛ لإثبات الحق عليه.. فلا منافاة.

(**وقالا: يجبر**) أي: يدور الطالب مع المطلوب أينما دار؛ كيلا يتغيب؛ فإذا انتهى إلى باب داره وأراد الدخول.. يستأذنه الطالب في الدخول؛ فإن أذن له.. يدخل معه، وسكن حيث [١٥٨/ب] سكن، وإن لم يأذن بالدخول.. يجلسه في باب داره، وهذا معنى الجبر هنا، على ما في «العناية» و«التبيين».

(**في القصاص**)؛ لأن الغالب فيه حق العبد، فيجبر عليها كما في سائر حقوقه.

وحَدِّ الْقَذْفِ.

(و) في (حد القذف)؛ لما فيه من حق العبد أيضاً.

ولأبي حنيفة: ما روي مرفوعاً قوله ﷺ: «لا كفالة في حد» مطلقاً من غير فصل بين حد وحد، ولأن مبنى الحدود والقصاص على الدرء.. فلا يجب فيها الاستيثاق بالكفيل، بخلاف سائر الحقوق؛ لأنها لا تندرئ بالشبهات، فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير؛ فإنه محض حق العبد، سقط بإسقاطه، ويثبت مع الشبهات بالشهادة على الشهادة، ويحلف فيه.. فيجبر المطلوب على إعطاء الكفيل فيه؛ كما في الأموال.

قيد بحد القذف؛ لأن حد الزنا والشرب لا كفالة فيهما بالاتفاق.

قيّد عدم الجبر بالحد والقصاص، وهل يجبر في غيرهما من الحقوق؟ وعلى تقدير أن يجبر.. هل يجبر بمجرد الدعوى؟

وفي «الخلاصة» نقلاً عن «الأقضية»: أجمعوا أنه في الدين المؤجل إذا قرب حلول الأجل، وأراد المديون السفر.. لا يجبر على إعطاء الكفيل.

وفي «الأصل»: رجل كفل بنفس رجل، أو بمال بأمره، فأراد الخصم أن يخرج من البلد؛ إن كان ضمانه إلى أجل.. ليس للكفيل أن يمنعه، وإن لم يكن إلى أجل.. له أن يطالبه؛ إما بأداء المال، أو بتسليم النفس.

وفي «الفتاوى الصغرى»: المديون إذا أراد أن يغيب.. ليس لرب الدين أن يطالبه بإعطاء الكفيل.

وقال أبو يوسف: لو قال قائلٍ بأن له أن يطالبه؛ قياساً على نفقة شهر.. لا يبعد.

وفي «المنتقى»: رب الدين لو قال للقاضي: إن مديوني فلاناً يريد أن يغيب عني.. فإنه يطالبه بالكفيل وإن كان الدين مؤجلاً.

وفي «الفتاوى الصغرى»: يجبر المدعى عليه بإعطاء الكفيل بمجرد الدعوى، سواء كان المدعى عليه في المصر.

فَإن شَهِدَ عَلَيْهِ مستورانِ فِي حدٍّ، أَو قَوَدٍ.. حُبِسَ.

وَكَذَا إن شَهِدَ عَدلٌ وَاحِدٌ، ....

وإن كان غريباً.. لا يؤخذ منه الكفيل، هذا ما في «الخلاصة».

فظهر منه: أن للطالب مطالبة المطلوب بالكفيل بالاتفاق من الدين الغير المؤجل عند خوف الفرار، وفي الدين المؤجل: خلاف.

وفي «البزازية» نقلاً عن «الظهيرية» قالت المرأة: زوجي يريد أن يغيب؛ فخذ بالنفقة كفيلاً.. لا يجيبها الحاكم إلى ذلك؛ لأنها لم تجب بعد.

واستحسن الثاني أخذ الكفيل؛ رفقاً لها، وعليه الفتوى.

وفي «المحيط»: لو أفتي بقول الإمام الثاني في سائر الديون بأخذ الكفيل.. كان حسناً؛ رفقاً بالناس.

(**فإن شهد عليه**) أي: على من وجب عليه الحد والقصاص [١٥٩/أ] شاهدان (**مستوران**) لا تعرف عدالتهما وفسقهما (**في حد**) متعلق: بـ«شهد» (**أو قود**) أي: قصاص (.. **حبس، وكذا**) أي: حبس (**إن شهد عدل واحد**) يعرف الحاكم عدالته، وهذا؛ لأن الحبس ههنا ليس لثبوت الدعوى؛ لأنه يحتاج إلى صحة كاملة، ولم توجد، بل لتهمة الفساد إزالة اتهام القاضي بالتهاون، وذلك يثبت بأحد شطري الشهادة؛ إما العدد أو العدالة؛ لأن الحبس للتهمة وإزالة الاتهام: كلاهما من باب دفع الفساد، فيكون من باب الديانات، وهي تثبت بأحد شطريها، وقد روي أن رسول الله ﷺ حبس رجلاً بالتهمة.

بخلاف الحبس في باب الأموال؛ لأنه أقصى عقوبة فيه.. فلا يثبت إلا بحجة كاملة.

والحاصل: أن ما كان الحبس فيه أقصى عقوبة - كما في الأموال - إذا ثبت ولم يوجد موجبات السقوط وامتنع عن الإيفاء.. لا يحبس فيه إلَّا بحجة كاملة، وما

خلافاً لَهما فِي رِوَايَة.

وَصَحَّ الرَّهْنُ وَالْكَفَالَةُ بالخراجِ ....

كان أقصى العقوبة فيه غير الحبس كالحدود والقصاص.. فإن الأقصى فيها: القتل والقطع والجلد.. جاز الحبس قبل ثبوته للتهمة.

قال في «البحر»: وكلامهم هنا يدل ظاهراً: على أن القاضي يعذر للتهمة وإن لم تثبت عليه.

وأصلها: أن ما كان من التعزير: من حقوقه تعالى؛ فإنه لا يتوقف على الدعوى، ولا على الثبوت، بل إذا أخبر القاضي عدل بما يقتضيه.. أحضره القاضي وعذره؛ لتصريحهم هنا بحبس المتهم بشهادة مستورين، أو واحد عدل، والحبس تعزير. انتهى.

(خلافاً لهما) في شهادة الواحد العدل (في رواية)؛ بناء على أن الجبر بأخذ الكفيل لما جاز عندهما.. جاز أن يستوثق به فيستغنى عن الحبس.

(وصح الرهن والكفالة) أي: بالنفس؛ لأن الكلام فيه (بالخراج) أي: الموظف، وقد تقدم تفسيره، وهذا لأنه دين له مطالب من جهة العباد في الحياة والممات، حتى يحبس به، ويمنع عنه وجوب الزكاة.. فيصح الرهن والكفالة عنه؛ كسائر الديون.

بخلاف خراج المقاسمة - وقد تقدم تفسيره -؛ لأنه ليس في معنى الدين؛ لعدم وجوبه في الذمة.

وبخلاف الزكاة؛ لأنها لا تطالب بعد الموت، حتى لا تعطى من تركته.. فلا يصح الرهن والكفالة بها، ولأن الرهن شرع لما كان مضموناً يمكن استيفاؤه من الرهن، والكفالة شرعت لتحمل المطالبة بالمضمون، والخراج مطالب مضمون.. فيصح عنه الرهن في الكفالة، بخلاف الزكاة.

وَالْكَفَالَةُ بِالْمَالِ صَحِيحَةٌ وَلَو مَجْهُولاً؛ إِذا كَانَ ديناً صَحِيحاً ....

وفي تخصيصه بالخراج: إشارة إلى أن ضمان الجباية لا يصح، على ما هو مذهب عامة المشايخ، على ما صرح به في «الخلاصة» [١٥٩/ب] و«البزازية»، وجوزه بعضهم.

وفي «الخلاصة»: جماعة طمع الوالي أن يأخذ منهم شيئاً بغير حق، فاختفى بعضهم وظفر الوالي ببعضهم، فقال المختفون للذين وجدهم الوالي: لا تطلعوه علينا، وما أصابكم فهو علينا بالحصص؛ فلو أخذ الوالي منهم شيئاً.. فلهم الرجوع على قول من يجوز ضمان الجباية، وعلى قول عامة المشايخ.. لا يصح. انتهى.

ولما فرغ من بيان الكفالة بالنفس.. شرع في بيان الكفالة بالمال فقال: (**والكفالة بالمال صحيحة، ولو**) - وصلية - أي: ولو كان المال (**مجهولاً**)؛ لأن مبنى الكفالة على التوسع، فيحتمل فيها جهالة المكفول يسيرة أو لا، بعد أن كانت الجهالة متعارفة، على ما في «العناية».

لكن قال في «غاية البيان»: يتحمل فيها الجهالة إذا كانت يسيرة ومتعارفة. انتهى.

فقد جعل التعارف تفسيراً لليسير، ويدل أيضاً على صحة الكفالة بالمال مجهولاً: صحة الكفالة بالدرك؛ فإنها صحيحة بالإجماع، مع أن المال فيها مجهول.

وكذا الكفالة بشجة كانت خطأ: صحيحةٌ وإن كان المال مجهولاً؛ لاحتمال السراية والاقتصاء.

(**إذا كان**) المال (**ديناً صحيحاً**)، والدين الصحيح: هو الذي يكون له مطالب من جهة العباد حقاً لنفسه والمطلوب لا يقدر على إسقاطه من ذمته إلا بالأداء أو الإبراء؛ فبدل الكتابة لا يكون ديناً صحيحاً.. فلا تصح الكفالة بها؛ فإنه يسقط بالعجز.

وفي «الأشباه»: لو كفل بالنفقة المقررة الماضية.. صحت، مع أنها تسقط بدونهما بموت أحدهما.

وكذا لو كفل بنفقة شهر مستقبل وقدر لها في كل شهر كذا، أو بيوم يأتي وقد قدر لها في كل يوم كذا. انتهى.

وفي «القنية»: قال لامرأة ابنه: ما دمت حياً ودمت حياً.. فنفقتك علي: يصح.

وقيل: لا يصح؛ حتى يقول: فالنفقة التي تجب على ابني فعلي. انتهى.

وتقييد صاحب «الأشباه» بالتقرير يناسب قول ذلك البعض.

وفي «قاضي خان»: لو قال لامرأة الغير: كفلت لك بالنفقة أبداً.. تلزمه النفقة أبداً ما دامت في نكاحه.

ولو قال لها: ما دمت في نكاحه فنفقتك علي؛ فإن مات أحدهما أو زال النكاح.. زال النفقة. انتهى.

ويصح الكفيل من الزوج حين أراد السفر بلا نفقة؛ كما صرح به في «الفتاوى العدلية» ونفقات «الحاوي القدسي».

وكذا لا تصح الكفالة بالأعيان المضمونة بغيرها، على ما سيأتي مصرحاً.

بخلاف الأعيان المضمونة بعينها؛ كالمغصوب والمبيع بيعاً فاسداً والمقبوض على سوم الشراء.. فإن الكفالة بها صحيحة عندنا [١٦٠/أ].

ويجب تسليم العين إن كانت باقية، وقيمتها إن كانت هالكة أو مستهلكة.

خلافاً للشافعي؛ فإنه قال: لا تجوز الكفالة بالأعيان مطلقاً؛ مضمونة بغيرها أو بعينها؛ لأن العين مطلقاً لا تلزم في الذمة.

قلنا: إن شرط الكفالة: أن يكون المكفول به مقدور التسليم، وقد وجد ذلك.

بتكفلْتُ عَنهُ بِأَلِفٍ، أَو بِمَا لَكَ عَلَيْهِ، أَو بِمَا يدركُكَ فِي هَذَا البيعِ.

وكذا لو علّقها بِشَرْطٍ ملائِمٍ:

كَشَرط وجوبِ الْحقِّ؛ نَحْوِ: مَا بَايَعت فلَاناً، أَو مَا غصبَكَ، أَو مَا ذابَ..

وبخلاف الكفالة بالمال عنده إذا كان المال مجهولاً.. فإنها لا تصح عنده أيضاً؛ لأن ضمان المجهول لا يصح، وهو محجوج عليه بما ذكرناه، كيف وقد نص الشافعي على صحة ضمان الدرك على ما في «شرح الأقطع»؟

(بتكفلت عنه بألف، أو بما لك عليه، أو بما يدركك في هذا البيع) أي: من الضمان، هذه ألفاظ الكفالة بالمال.

وفي «البزازية»: قال: الدين الذي لك على فلان أنا أدفعه إليك، أو أسلمه إليك، أو اقبضه مني.. لا تكون كفالة، ما لم يقل لفظاً يدل على اللزوم؛ كضمنت أو كفلت أو عليّ أو إليّ، وهذا إذا ذكره منجزاً.

أما إذا كفل معلقاً بأن قال: إن لم يؤده فلان فأنا أدفعه إليك، ونحو ذلك.. يكون كفالة؛ لما علم أن المواعيد باكتساء صور التعليق.. تكون لازمة؛ فإن قوله: أنا أحج.. لا يلزم به شيء، ولو علق وقال: إن دخلت الدار فأنا أحج.. يلزم الحج. انتهى.

وهكذا في «الخلاصة» أيضاً.

وفي «القنية»: أنا في عهدة ما على فلان: كفالة.

وفي «البحر»: لو قال رجل للدائن: لا تطالب فلاناً مالك عندي.. لا يكون كفيلاً، بخلاف ما لو قال: إن لم يوف به فلان فعندي مالك عليه.. لزمه المال؛ لأن [عندي] إذا استعمل في الدين.. يراد به الوجوب في المعلق بشرط، لا في المنجز.

قوله: لما يدركك في هذا البيع: هو ضمان الدرك.

(وكذا) أي: تصح الكفالة (لو علقها بشرط ملائم؛ كشرط وجوب الحق) أي: كشرط يكون سبباً لوجوب الحق (نحو: ما بايعت فلاناً أو ما غصبك أوما ذاب) أي:

لَك عَلَيْهِ، أَو إِن اسْتحقَّ الْمَبِيعُ.. فَعَلَيَّ.

وجب (**لك عليه**) كلمة «ما» في هذه الصور شرطية بمعنى: «إن».

(**أو إن استحق المبيع.. فَعَلَيَّ**)، والملائمة فيه تكون سبباً لوجوبه؛ لأن استحقاقه سبب لوجوبه على البائع للمشتري.

ثم الأصل ههنا: قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾؛ فإن منادي يوسف عليه السلام علق الكفالة بشرط هو سبب وجوب المال، وهو المجيء بصاع الملك، وكان نداؤه بأمر يوسف ﷺ، وشريعة من قبلنا شريعة لنا إذا قصّها الله تعالى ورسوله من غير إنكار.

واعترض عليه: بأنه يجوز أن يكون لبيان أجرة العامل؛ كقول من أبق عبده: من جاء به فله [١٦٠/ب] عشرة.. فلا يكون كفالة؛ لأن المنادي التزم عن نفسه ؛ حيث قال: ﴿وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ ، لا عن غيره، والكفالة: هي الالتزام عن غيره.

وبأنه متروك الظاهر؛ لاشتماله على جهالة المكفول له، وهي تبطل الكفالة.

وأجيب عن الأول: بأن الزعيم حقيقة في الكفالة، فيحمل عليها ما أمكن، فكأن المنادي يقول: إن الملك يقول: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾، فيكون ضامناً على الملك لا عن نفسه.

وعن الثاني: بأن فيها أمرين: ذكر الكفالة مع جهالة المكفول له، وإضافتها إلى سبب الوجوب، وعدم جواز أحدهما بدليل.. لا يستلزم عدم الآخر.

فإن قلت: ما الفرق بين جهالة المكفول به وجهالة المكفول عنه وجهالة المكفول له؟ كانت الأولى لا تمنع الجواز أصلاً، والثانية تمنعه إذا كانت الكفالة مضافة نحو: تكفلت بما بايعت أحداً من الناس، والثالثة تمنعه مطلقاً.

فالجواب: أن الأولى: متصور على جوازها؛ حيث قال الله تعالى: ﴿حِمۡلُ بَعِيرٖ﴾ وهو غير معلوم.

والثانية: إنما تمنعه للإضافة لا للجهالة.

والثالثة: لأن الكفالة بمنزلة البيع في حق الطالب، حتى لا يصح من غير قبول الطالب، وبمنزلة الطلاق والعتاق في حق المطلوب، فكانت جهالة الطالب مانعة الجواز؛ كما أن جهالة المشتري مانعة من البيع.

بخلاف جانب المطلوب؛ فإن جهالته لا تمنع؛ كما أن جهالة المعتق لا تمنع جواز العتق؛ كذا في «العناية».

وفي «البحر»: قوله: «ما بايعت فلاناً وما غصبك.. فعلي»: من أمثلة الكفالة بالمجهول.

ثم قال نقلاً عن «البدائع»: لو قال: إن غصبك فلان فأنا ضامن.. لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد: يجوز؛ بناء على أن غصب العقار لا يتحقق عندهما، خلافاً له.

وفي «القنية»: ما غصبك فلان فعلي.. يشترط القبول للحال. انتهى.

وقال في «البحر»: يعني: لا عند الغصب.

وكذا في قوله: ما بايعت وما ذاب.. يشترط القبول للحال؛ إنما قال: ما بايعت فلاناً؛ لأنه لو قال: بايع فلاناً على أن ما أصابك من خسران فعليّ.. لم يصح، كذا في «البزازية».

وفي «الخلاصة»: رجل قال للمودع: إن أتلف المودع وديعتك أو جحد فأنا ضامن لك.. صح.

ولو قال: إن قتلتك أو ابنك فلان خطأً فأنا ضامن الدية.. صح.

بخلاف قوله: إن أكلك سبع.

ولو قال: إن غصب فلان مالك أو أحد من هؤلاء القوم فأنا ضامن لك.. صح.

ولو عمم فقال: إن غصبك إنسان شيئاً فأنا ضامن لك.. لا يصح. انتهى.

وكشرطِ إِمْكَانِ الاستيفاءِ؛ نَحْو: إِنْ قدمَ زيدٌ، وَهُوَ الْمَكْفُول عَنهُ.

(**وكشرط إمكان الاستيفاء؛ نحو: إن قدم زيد** [١٦١/أ] **وهو المكفول عنه**) أي: وأنا كفيل لك بما عليه، وهذا لأن قدوم المكفول عنه سبب موصل إلى الاستيفاء منه، بخلاف قدوم الأجنبي.. فإنه لا يكون سبباً موصلاً إلى الاستيفاء.. فلا يصح التعليق به، ولهذا فسّر «زيداً» بقوله: «وهو المكفول عنه».

وقال في «العناية» و«فتح القدير»: قيّد بكون زيد مكفولاً عنه؛ لأنه إذا كان أجنبياً.. كان التعليق كما في هبوب الريح. انتهى.

قال في «القينة»: لا يصح التعليق بشرط غير متعارف؛ كدخول الدار، أو قدوم زيد؛ لأنه ليس من أسباب وجوب الحق.

إلا أن الأصح ما ذكره أبو نصر: أنه يصح بقدوم زيد، ذكره في «تحفة الفقهاء». انتهى.

وقال في «البحر»: ظاهر ما في «القنية»: الأصح على الأصح؛ لأنه بإطلاقه شامل للأجنبي، ولكن ينبغي أن يحمل على أن المراد بزيد هو المكفول عنه، وأيده بما ذكرناه من «العناية» و«فتح القدير».

ثم قال: والحق، أنه لا يلزم أن يكون مكفولاً عنه؛ لما في «البدائع»؛ لأن قدومه وسيلة إلى الأداء في الجملة؛ لجواز أن يكون مكفولاً عنه أو مضاربه. انتهى.

قلت: والحق يلزم أن يكون مكفولاً عنه، على ما صرح به في «الهداية» وغيرها.

وقال في الفصل الخامس من بيوع «الخلاصة» و«البزازية»: إن تعلق الكفالة بالشرط: إن كان متعارفاً.. صحت الكفالة والشرط معاً؛ نحو أن يقول: إذا قدم المطلوب فأنا به كفيل.

وإن كان شرطاً محضاً؛ كقوله: إن دخل فلان الدار، أو إن هبت الريح، أو إن جاء المطر.. لم تصح، وهذا نص فيما قلنا.

وكشرطِ تعذّرِ الاستيفاءِ، نَحْوِ: إِن غَابَ عَنِ الْبَلَد.

وما ذكره من «البدائع» لا يصلح دليلاً على ما ذكره. تأمل.

واعلم: أنه كما يصح تعليق الكفالة بعدم المكفول عنه.. كذلك يصح تعليق الإبراء من الكفالة به؛ لما في «البزازية»: قال: ضمنت لك عن فلان ألفاً، فإذا قدم فلان فأنا بريء منه؛ إن كان فلان غريماً له بألف.. جاز شرط البراءة، وإن كان فلان أجنبياً ليس بينه وبين الطالب والمطلوب تعلق في هذا الألف.. تصح الكفالة ويبطل شرط البراءة. انتهى.

(وكشرط تعذر الاستيفاء؛ نحو: إن غاب عن البلد) فأنا لك كفيل بما عليه.

والمراد به هنا: المكفول عنه أيضاً؛ فإن غيبة المكفول عنه عن البلد سبب لتعذر الاستيفاء؛ كما أن قدومه سبب لإمكان الاستيفاء، وقد جعلهما شرطاً للكفالة، وهو شرط ملائم لها كما ترى.

ومن قبيل التعليق بتعذر الاستيفاء: ما في «البحر» نقلاً عن «المعراج»: إن مات ولم يدع شيئاً فأنا ضامن، وكذا: إن حل مالك على فلان ولم يوافك به فهو علي [١٦١/ب]، أو إن حل مالك على فلان.. فهو عليّ، أو إن مات.. فهو علي.

ومنه أيضاً ما في «البزازية»: إن غاب، ولو يوافك.. فأنا ضامن لما عليه.

ومنه أيضاً ما في «الخلاصة» نقلاً عن «المنتقى»: رجل قال لآخر: إن لم يعطك فلان مالك عليه.. فأنا لك ضامن لا سبيل له عليه حتى يتقاضى الذي عليه المال؛ فإن تقاضاه، فقال: لا أعطيك مالك.. لزم الكفيل، ولو مات المطلوب قبل أن يتقاضاه.. لزم الكفيل أيضاً.

ولو قال: إن تقاضيت فلاناً مالك عليه فلم يعطك.. فأنا ضامن لك لما لك عليه، فمات المطلوب قبل أن يتقاضاه.. بطل الضمان.

وقد مر نظير هذا نقلاً عن «البزازية» عند شرح قول المصنف: «وإن كفل بنفسه على أنه إن لم يواف به غداً... إلى آخره» فارجع إليه.

وَإِن علّقهَا بِمُجَرَّدِ الشَّرْطِ؛ كهبوبِ الرّيحِ، ومجيءِ الْمَطَر.. بَطلَ.
وَكَذَا إِنْ جعلَ أَحدَهُمَا أَجَلاً، فَتَصِحُّ الْكفَالَةُ، وَيجبُ المَالُ حَالاً.

وفي الفصل التاسع والعشرين من «العمادية»: لو كفل بعبد رجل إن أبق من مولاه، أو كفل بدابته إن انفلتت منه، أو بشيء من ماله إن هلك.. لا يجوز.

(**وإن علقها بمجرد الشرط**) أي المجرد عن الملائمة (**كهبوب الريح ومجيء المطر**) بأن قال: إن هبت الريح، أو إن جاء المطر.. فأنا ضامن ما لك عليه.

(.. **بطل**) أي: التعليق، على ما هو الظاهر من كلامه هنا، ومن قوله قبيل كتاب الصرف: «الكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة».

(**وكذا**) أي: بطل التعليق (**إن جعل أحدهما أجلاً**) للكفالة بأن قال: أنا ضامن مالك عليه إلى أن هبت الريح، أو إلى أن جاء المطر.

وأما تأجيلها إلى الحصاد أو الدياس أو قدوم الحاج والنيروز.. فجائز؛ لكونه متعارفاً، فيتناول أول من حصد، وأول حاج قدم، على ما في «الخلاصة».

(**فتصح الكفالة**) أي: في جعل أحدهما أجلاً على ما صرح به في «البزازية»؛ حيث قال: إن الكفالة إلى هبوب الريح تصح، ويبطل الشرط.

(**ويجب المال حالاً**).

واعلم: أن في كلامه بحثاً:

أما أولاً: فلأن الظاهر من قوله: «بطل» بطلان تعليق الكفالة بالشرطين المذكورين على ما فسرناه كذلك، لا بطلان الكفالة نفسها، مع أن الكفالة باطلة أيضاً، على ما صرح به في «المبسوط» و«قاضي خان»؛ حيث قالا: ولو علق الكفالة بما هو شرط محض؛ نحو أن يقول: إذا هبت الريح، أو إذا جاء المطر، أو إذا قدم فلان الأجنبي الدار؛ فأنا كفيل بنفس فلان.. لا يصير كفيلاً.

وكذا لو علق الكفالة بالمال بهذه الشرائط. انتهى.

وهكذا في «العناية» و«فتح القدير» و«القينة» و«الزيلعي» و«الخلاصة» في آخر الفصل الثاني من كتاب الكفالة؛ حيث قال فيه: ولو كفل بمال على أن جعل الطالب له [١٦٢/أ] جعلاً؛ فإن لم يكن مشروطاً في الكفالة.. فالشرط باطل، وإن كان مشروطاً فالكفالة باطلة كالشرط. انتهى.

وأما ثانياً: فلأن فاعل «بطل» المقدر في قوله: «وكذا»؛ أما التعليق على ما هو الظاهر من سوق كلامه، أو الكفالة؛ إذ لا ثالث، وكلاهما غير صحيح:

أما الأول: فلأنه لا معنى لأن يقول: «وكذا بطل التعليق بهما إن جعل أحدهما: أجلاً».

وأما الثاني: فلعدم ملائمته قوله: «فتصح الكفالة».

فالجواب عن الأول: أن المقصود ههنا نفي جواز الكفالة المعلقة بشرط غير ملائم، والمجموع ينتفي بانتفاء جزئه، ولما كان بطلان هذ المجموع بسبب جزء التعليق.. أسند البطلان إليه.

فإن قيل: نفي الكفالة المؤجلة كنفي الكفالة المعلقة، مع أن الكفالة لا تنتفي بانتفاء الأجل مع أنه جزء.

قلنا: إن التعليق يخرج العلة عن العلية والتأثير على ما في الأصول، فيلزم بطلانه بطلان الكفالة المعلقة، بخلاف الأجل؛ فإنه عارض بعد العقد، فلا يلزم من بطلانه بطلان معروضه.

وعن الثاني: أن فاعل «بطل» المقدر: هو الأجل، والمعنى: كما بطل التعليق بهما.. بطل الأجل بهما أيضاً إن جعل أحدهما أجلاً.

وقوله: «فتصح الكفالة» تفريع على بطلان الأجل، لا على بطلان التعليق، على ما فسره كذلك.

وهذا؛ لأن الكفالة لما صح تأجيلها بأجل متعارف.. لم تبطل بالآجال الفاسدة؛

لأنها لا تدخل في صلب العقد، هذا تحقيق كلامه، وتوضيح المسألة ههنا يحتاج إلى بسط: قال في «الكنز»: ولا يصح بنحو: إن هبت الريح، فتصح الكفالة إن جعل أجلاً، ويجب المال حالاً. انتهى.

واعترض عليه «الزيلعي» بأن ما ذكره المصنف مذكور في «الهداية» و«الكافي» أيضاً، وهو سهو منهم، فإن الحكم في هذه المسألة: أن التعليق والكفالة لا تصح، ولا يلزم المال؛ لأن الشرط غير ملائم، فصار كما لو علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملائم، ذكره «قاضي خان» وغيره.

ولو جعل الأجل في الكفالة إلى هبوب الريح.. لا يصح التأجيل، ويجب المال حالاً. انتهى.

فقد فرق بين تعليق الكفالة بشرط غير ملائم وبين تأجيلها بأجل غير ملائم وجعل الكفالة باطلة في التعليق مثل الشرط، ولم يجعلها باطلة في التأجيل، بل الكفالة صحيحة، والتأجيل باطل.

واعترض عليه ابن نجيم في «البحر» وقال: هذا منه سهو؛ لأن المصنف - أي صاحب «الكنز» - لم يقل: «فتصح الكفالة ويجب المال حالاً»، والموجود في النسخ المعتمدة: الاقتصار على قوله: «ولا تصح بإن هبت الريح»؛ فعلى هذا: الأنسب أن يقرأ [١٦٢/ب]: «ولا تصح» بالتاء الفوقية بإرجاع الضمير إلى الكفالة، لا إلى التعليق.

ثم قال: نسبة السهو إلى «الهداية» خطأ منه؛ لأن عبارة «الهداية» هكذا: فإما لا تصح بمجرد الشرط كقوله: إن هبت الريح أو جاء المطر، وكذا إن جعل كل منهما أجلاً، إلا أنه تصح الكفالة، ويجب المال حالاً؛ لأن الكفالة كما صح تعليقها بالشرط.. لا تبطل بالشروط الفاسدة؛ كالطلاق والعتاق. انتهى.

فقوله: «إلا أن تصح» إنما يعود إلى الأجل بنحو هبوب الريح ومجيء المطر، لا إلى التعليق بالشرط.

وقوله: «لما صح تعليقها» معناه: لما صح تأجيلها بأجل متعارف مجازاً، ويجوِّز المجاز عدم الثبوت في الحال في كل واحد منهما.

وإنما صحت مع الأجل الغير المتعارف ولم تصح مع التعليق بشرط غير متعارف؛ لأن التعليق يخرج العلة عن العلية والأجل عارض بعد العقد.. فلا يلزم من انتفائه انتفاء معروضه، هذا ما ذكره في «البحر»، وهو مأخوذ من «فتح القدير»؛ حيث قال فيه:

والحاصل: أن الشرط الغير الملائم لا تصح معه الكفالة أصلاً، ومع الأجل الغير الملائم تصح حالَّة ويبطل الأجل، لكن تعليل المصنف - أي: صاحب «الهداية» - لهذا بقوله: «لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط» يقتضي أن في التعليق بغير الملائم تصح الكفالة حالَّة، وإنما يبطل الشرط، والمصرح به في «المبسوط» و«فتاوى» «قاضي خان»: أن الكفالة باطلة، فتصحيح كلامه: أن يحمل لفظ تعليقها على معنى تأجيلها؛ بجامع أن في كلّ منهما عدم ثبوت الحكم في الحال، فذكر التعليق وأراد التأجيل. انتهى ما في «فتح القدير».

وهكذا ذكره في «البحر»، وقال: وقد ظهر لي أنه لا حاجة إلى جعل التعليق بمعنى التأجيل في كلامهم لتصحيحه، بل المراد: إنما صحّت الكفالة مع هذا التأجيل لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط الملائم.. لم تبطل بالشروط الفاسدة، والتأجيل بغير المتعارف: شرط فاسد، فلم تبطل به. انتهى.

لا يخفى عليك ما في هذا الوجه. تأمل.

ثم أقول: ينافي ما ذكره في «فتح القدير» و«البحر»: من التوجيه المذكور لكلام صاحب «الهداية» و«الكنز» ما ذكره في الفصل الخامس من بيوع «الخلاصة»؛ حيث قال فيه: ما جاز أن يتعلق بالشرط.. لا يبطله الشرط الفاسد؛ كالطلاق والعتاق والحوالة والكفالة.

وفي «فتاوى النسفي»: أن الشرط إذا لم يكن متعارفاً يبطل الشرط دون الكفالة.

وقال في «شرح الشافي»: الكفالة كالنكاح في أنه يبطل الشرط دون الكفالة.

وفي نسخة شمس الأئمة السرخسي: الكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة [١٦٣/أ] كالنكاح، وتبطل الشروط. وانتهى ما في «الخلاصة».

اللهم، إلا أن يوجه كلام هذه الأئمة بأن يقال: مرادهم بالشرط ههنا: هو شرط التأجيل بأجل غير متعارف، فيكون خارجاً عن صلب العقد، لا الشروط الفاسدة المعلق عليها الكفالة، وإلّا.. لزم التناقض بين كلام صاحب «الخلاصة»؛ حيث قال هنا: إن الكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة، وقال في كتاب الكفالة: إنها تبطل بالشروط الفاسدة، على ما نقلناه آنفاً.

وبالتوجيه المذكور يندفع التناقض. تأمل.

وذكر في «البزازية» ما يصلح توجيهاً هنا؛ حيث قال في الفصل الثاني: كفل بمال على أن جعل له الطالب جعلاً؛ إن لم يكن مشروطاً في الكفالة.. فالشرط باطل؛ أي: الجعل باطل؛ لأن الكفيل مقرض في حق المطلوب، وإذا شرط الجعل مع ضمان المثل فيه.. شرط الزيادة على ما أقرضه، وإنه ربا، وإن شرط فيها.. بطلت الكفالة.

وكان ينبغي أن تصح الكفالة؛ لعدم بطلانها بالشرط الفاسد، ألا ترى أن الكفالة إلى هبوب الريح تصح ويبطل الشرط.

قلنا: إنما لا يصح؛ لأنه علقها بشرط للكفيل فيه نفع؛ لأنه مما ينتفع بالجعل، فلا بد من مراعاة الشرط لثبوت الكفالة، ولم يثبت الشرط ما لم يستحق الجعل.. فلا تثبت الكفالة، فكان بطلانها من هذا الوجه، لا من حيث إنه شرط فاسد، بخلاف الهبوب؛ لأنه شرط لا ينتفع به الكفيل، وإذا خلا عن النفع.. لم يجب مراعاته؛ كما لو شرط في البيع ما لا ينتفع به أحدهما، وإذا لم يثبت.. كانت الكفالة مرسلة. انتهى.

وللطَّالبِ مُطَالبَةُ أَيِّ شَاءَ من كفيلِهِ وأصيلِهِ، إِلّا إذا شَرطَ بَرَاءَةَ الْأَصِيلِ، فَتكونُ حَوَالَةً.

كَمَا أنَّ الْحَوَالَةَ بِشَرْط عدَمِ بَرَاءَةِ الْمُحِيلِ: كَفَالَةٌ.

هذا ما وعدنا بيانه قبيل كتاب الصرف عند شرح قوله: «ولا يبطله الشرط الفاسد».

قلت: والذي ظهر من كلامهم: أنها تبطل بشرط فاسد علقت عليه، ولا تبطل بشرط أضيفت إليه أعني شرط التأجيل بأجل غير متعارف، فلا بد أن يقيد كلامهم أنها لا تبطل بالشرط الفاسد: بشرط التأجيل بأجل غير متعارف.

وقال في «الدرر» الظان في هذه المسألة روايتين؛ في رواية: أنها تبطل بالشروط الفاسدة، وفي رواية: لا تبطل فيه. ما فيه. تأمل.

ثم اعلم: أن الكفالة بالنفس مثل الكفالة بالمال في:

جواز تعليقها بشرط ملائم وعدم جوازه بشرط غير ملائم.

وفي: جواز تأجيلها إلى أجل متعارف وعدم جوازه إلى أجل غير متعارف، على ما في «الزيلعي».

(**وللطالب مطالبة أيِّ شاء؛ من كفيله**) الضمير راجع إلى الطالب، أو الدين أي كفيل له، بخلاف قوله: (**وأصيله**)؛ فإن الضمير فيه؛ إما راجع إلى الكفيل، أو إلى الدين بأقل [١٦٣/ب].

ثم الأصل هنا: ما تقدم من أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة، وذلك يقتضي قيام الأولى في الذمة لا البراءة، فيطالب أياً شاء.

(**إلا إذا شرط براءة الأصيل، فيكون حوالة**) اعتباراً للمعنى، فلا يطالب الأصيل إلّا بالتوى، كما هو كذلك في الحوالة.

(**كما أن الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة**)؛ اعتباراً للمعنى أيضاً، فيجري فيها أحكام الكفالة.

وَلَو طَالبَ أَحدَهمَا.. لَهُ مُطَالبَةُ الآخَرِ.

فَإِن كَفِلَ بِمَا لَهُ عَلَيْهِ فبرهن على ألفٍ.. لزمَهُ، وَإِن لم يبرهنْ.. صُدِّقَ الْكَفِيلُ فِيمَا أقرَّ بِهِ مَعَ يَمِينه، والأصيلُ فِي إِقْرَاره بِأَكْثَرَ على نَفسِه خَاصَّةً.

(ولو طالب أحدهما.. له مطالبة الآخر) جملة أو متعاقباً.

بخلاف المالك إذا اختار تضمين واحد من الغاصب وغاصب الغاصب؛ فإنه لا يقدر على تضمين الآخر؛ لأن اختيار أحدهما يتضمن التمليك له.

(فإن كفل بماله عليه) بأن قال مثلاً: تكفلت بما لك عليه بلا تعيين قدر المال، (فبرهن) الطالب (على ألف.. لزمه) الألف؛ يعني: اختلفا في قدر المال، فبرهن الطالب على أنه ألف.. لزم الألف على الكفيل؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة، ولو عاين ما عليه وكفل عنه.. لزمه ما عليه، فكذا هذا.

(وإن لم يبرهن.. صدق الكفيل فيما أقر به) قليلاً أو كثيراً؛ لأنه مجهول، وإنما لزمه بإقراره، فيؤخذ به.

(مع يمينه)؛ لأنه منكر للزيادة، وهذا لأن كلّ من جُعل القول قولَه فيما كان هو خصماً فيه والشيء مما يصح بدله.. كان القول فيه قوله مع يمينه؛ كذا في «العناية».

(و) صدق (الأصيل في إقراره بأكثر) مما أقر به الكفيل (على نفسه)؛ لولايته على نفسه (خاصة)؛ أي: لا على كفيله؛ لأنه إقرار على الغير، ولا ولاية له عليه.. فلا يصدق في حقه؛ كالمريض إذا أقرّ في مرض الموت.. يصح إقراره في حق نفسه لا في حق غرماء ديون الصحة؛ حيث يقدمون على المقر له في المرض.

بخلاف ما لو كفل مما ذاب لك على فلان أو بما ثبت لك عليه فأقرّ المطلوب - أي الأصيل - بمال؛ حيث لزم الكفيل ما أقر الأصيل مطلقاً؛ لأن الثبوت فيه حصل بقوله: «ذاب»، و«ثبت» بمعنى «حصل»، وقد حصل بإقراره، بخلاف الكفالة بما له عليه كما نحن فيه؛ فإنها بالدين القائم على الأصيل، وما ثبت الدين إلّا بإقرار، كذا في «البحر».

فَإِنْ كفل بِلَا أمرِهِ.. لَا يرجعُ عَلَيْهِ بِمَا أدّى عَنهُ وَإِن أجازها الْمَكْفُول عَنهُ.

وَإِنْ بأَمْرِهِ.. ....

ثم لما جازت الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره.. شرع في بيان حكم كل منهما، فقال: (فإن كفل بلا أمره.. لا يرجع) الكفيل (عليه) أي: على الأصيل؛ أعني: المكفول عنه (بما أدى عنه)؛ لأنه متبرع بأدائه عنه، والمتبرع لا يرجع؛ لوصول العوض إليه وهو الثواب، خلافاً لمالك.

(وإن) وصلية (أجازها) أي الكفالة (المكفول عنه)؛ لأن الإجازة بعد وقوعهما تبرعاً لا يخرجها عن كونها تبرعاً.

وفي «البحر»: وهذا إذا أجاز بعد المجلس؛ أما إذا أجاز في المجلس.. فإنها تصير موجبة للرجوع، كذا في [١٦٤/أ] «العمادي».

وذكر في حيل «الولوالجية»: رجل كفل بنفس رجل ولم يقدر على تسليمه، فقال له الطالب: ادفع إلي ما لي على المكفول عنه حتى تبرأ من الكفالة، فأراد أن يؤديه على وجه يكون له حق الرجوع على المطلوب.. فالحيلة في ذلك؛ أن يدفع الدين إلى الطالب، ويهب الطالب مال المطلوب ويوكله بقبضه، فيكون له حق المطالبة؛ فإذا قبضه.. يكون له حق الرجوع؛ لأنه لو دفع إليه المال بغير هذه الحيلة.. يكون متطوعاً. انتهى.

(وإن) كفل (بأمره) ومعنى الأمر ههنا: أن يشمل كلامه على الأمر مع الضمان، أو عني، أو علي؛ أما الأول: فبأن يقول: ادفع إلى فلان كذا درهماً على أني ضامن، قال في «الفصولين»: قال له: ادفع إلى هذا الصبي عشرة دراهم ينفقها على نفسه على أني ضامن له، والصبي محجور، ففعل.. كان ضامناً، لا لو ضمن بعد الدفع. انتهى.

وأما الثاني: فبأن يقول: اضمن عني، أو تكفل عني، على ما في «العناية».

وأما الثالث: فبأن يقول: ادفع له كل يوم درهماً على أن ذلك علي، فدفع له كل يوم درهماً، حتى اجتمع مال كثير.. فالكل على الكفيل، هكذا نقله في «البحر» عن «الخانية».

وقال: وبه علم أن لفظة «عني» ليست شرطاً ههنا، بل إما هي، أو ما يقوم مقامها وهو علي.

هذا، وقال في «فتح القدير»: لو قال: اضمن الألف التي لفلان عليّ.. لم يرجع عليه عند الأداء؛ لجواز أن يكون القصد ليرجع أو لطلب التبرع.. فلا يلزم المال بالشك. انتهى.

وذلك؛ لعدم اشتماله على كلمة عني أو علي.

وأما لفظة «علي» في قوله: ما لفلان علي.. فهو متعلق لفلان لا للضمان وهذا رواية «المجرد» عن أبي حنيفة على ما في «قاضي خان»؛ حيث قالوا: وعن أبي حنيفة في «المجرد»: إذا قال لآخر: اضمن لفلان الألف التي له علي فضمنها وأدى إليه.. يكون متطوعاً في الضمان، ولا يرجع على الآمر، إلا أن يكون خليطاً للآمر، فيرجع عليه، وكذا في قوله: اقضه. انتهى.

وذكر قبل هذا على رواية «الأصل» في مسائل الأمر ينقد المال، وقال: إنها على أربعة أقسام:

منها: ما يرجع المأمور على الآمر؛ سواء قال: ادفع عني أو لم يقل، خليطاً كان للآمر أو لا، وهي: أن يقول: اكفل لفلان ألف درهم علي، أو انقده ألفاً علي، أو اضمن له الألف التي علي، أو اقضه ما له التي علي، أو أعط الألف التي له علي، أو ادفع كذلك.. ففي هذه كلها كلمة «علي» كـ«عني»، ويرجع بما دفع في رواية «الأصل». انتهى.

فإن كلمة «علي» في هذه الصور كلها قيد لمال فلان، لا للضمان، مع أنه قال: يرجع فيها، وأنها مثل كلمة «عني».

قلت: والذي يقتضيه النظر: ما ذكره في «فتح القدير» [١٦٤/ب]؛ لاحتمال ذكره.

ثم ذكر في «قاضي خان» القسم الثاني وقال: **ومنها: ما يرجع إن كان خليطاً، وإلّا.. لا.**

وذكر القسم الثالث وقال: **ومنها: ما لا يرجع في جميع الأحوال،** إلا إذا شرط الآمر الضمان وقال: على أني ضامن، وهي ما لو قال: هب لفلان عني ألفاً؛ فإذا وهب المأمور.. كانت من الآمر، ولا رجوع للمأمور عليه وعلى القابض، وللآمر الرجوع فيها، والدافع متطوع، ولو قال: على أني ضامن ففعل.. جازت وضمن الآمر للمأمور، وللآمر الرجوع فيها دون الدافع.

وكذا لو قال أقرض فلاناً ألفاً، وكذا عوض فلاناً عني؛ فإن قال: «على أن ترجع عليَّ».. رجع، وإلا.. فلا.

وكذا: كفّر عن يميني بطعامك أو أدّ زكاة مالي بمال نفسك، أو أحج عني رجلاً، أو أعتق عني عبداً عن ظهاري. انتهى.

والخليط: هو الذي يكون في عياله؛ كالوالد والولد والزوجة وابن الأخ في عياله، أو أجيره وشريكه شركة عنان، كذا قال في «الأصل».

وقيل: هو الذي يعتاد الرجل مداينته والأخذ منه ووضع الدراهم عنده وإن لم يكن في عياله، وهذا؛ لأنه من الخلطة الشديدة.

أطلق «الآمر»، فشمل الآمر الحقيقي كما مثلناه، والحكمي أيضاً؛ كما إذا كفل الأب عن ابنه الصغير مهر امرأته، ثم مات الأب فأخذ من تركته.. فإن للورثة الرجوع في نصيب الابن؛ لأنه كفالة بأمر الصبي حكماً لثبوت الولاية.

بخلاف ما إذا أدّى الأب بنفسه ولم يشهد للرجوع.. فإنه لا رجوع له؛ لاحتمال

رَجَعَ ....

أنه أدّى تبرعاً كما هو العادة، بخلاف ما إذا أشهد.. فإن التصريح يفوق الدلالة على ما صرح به صاحب «المجمع» في شرحه.

وفي «البحر»: من الأمر الحكمي: ما في «تلخيص الجامع الكبير»: لو جحد الكفيل الكفالة بعد الدعوى عليه بها، فبرهن المدّعي على الكفالة بالأمر، وقضي بها على الكفيل، وأدّى.. فإنه يرجع على المديون، وإن كان مناقضاً؛ لأنه صار مكذباً شرعاً بالقضاء عليه، فيرتفع التناقض.

وقوله: «كفل بأمره» ليس على إطلاقه، بل مقيد بمن يصح أمره.. فلا رجوع على الصبي والعبد المحجورين لمن كفل بأمرهما وأدّى عنهما بماله؛ لعدم صحة الأمر منهما، ولكن يرجع على العبد بعد عتقه، بخلاف المأذون لهما؛ لصحة أمرهما.

(رجع) بما أدى إليه إن كان ما أدى إليه مثل ما ضمن وما ضمن إن كان ما أدّى خلاف ما ضمن؛ كما إذا ضم الجياد وأدى الرديء أو بالعكس، وذلك لأنه ملك الدين بالأداء، فنزل منزلة الطالب، والطالب لم يكن له أن يطالبه إلّا بما في ذمته، فكذا من نزل منزلته؛ كما إذا ملك الكفيل [١٦٥/أ] بالهبة أو بالإرث.. فإن المكفول له إذا وهب الدين للكفيل أو مات هو وورثه الكفيل.. يملك الدين في الصورتين، ويرجع على الأصيل بما ضمن في الصورتين؛ لقيامه مقام الطالب.

واعترض عليه بوجهين:

أحدهما: أن هبة الدين للكفيل: تمليك الدين من غير من عليه الدين؛ إذ الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة، لا في الدين.

والثاني: أن في الهبة والميراث: المملوك واحد لا يعود فيه، وهو ما ضمن، وأما في الأداء بخلاف ما ضمن.. فقد تعدد الأمر، ولا يلزم من الرجوع بما ضمن فيما تعين الرجوع به فيما تعدد؛ أعني: ما أدى وما ضمن.

وَلَا يُطَالِبُهُ ....

وأجيب عن الأول بوجهين:

أحدهما: أن تمليك الدين من غير من عليه الدين صحيح استحساناً؛ إذا وهبه وأذن له في القبض فقبضه، وهذا؛ لأنه إذا أذن له بالقبض.. صار كأنه أخرجه من الكفالة ووكله بالقبض فقبضه، ثم وهبه إيّاه.. فحينئذٍ يكون تمليك الدين ممن عليه الدين، وهو جائز بالاتفاق.

وثانيهما: أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة إذا لم يكن هناك ضرورة، وأما إذا كانت.. فيجوز أن يجعل ذلك الضم في الدين، وههنا قد وجدت الضرورة؛ لأن الهبة موضوعة للملك، ومن ضرورة ذلك: أن يجعل الدين في ذمة الكفيل حتى يتملك ما عليه، لا ما على غيره، وأمكن ذلك لأن له ولاية نقل الدين إليه بإحالة الدين عليه، فأمكن أن يجعل ذلك مقتضى بصرفها.

ومن هنا: فرقوا بين هبة الدين والإبراء عنه بأن الهبة تمليك له والإبراء إسقاط محض حتى لا يرتد بالرد.

وعن الثاني: بأن التشبيه إنما هو في نزول الكفيل منزلة الطالب، وذلك موجود في الجميع، ثم إذا نزل منزلته والطالب ليس له أن يطلب إلّا ما ضمن له.. فكذا من نزل منزلته.

فإن قيل: ما الفرق بين الكفيل بأمره وبين المأمور بقضاء الدين؛ حيث إن الأول إذا أدّى.. يرجع بما ضمن، والثاني بما أدى؟

قلنا: إن الثاني لم يجب عليه للآمر شيء؛ لعدم التزامه بالكفالة، فلا يملك الدين بالأداء، حتى نزل منزلة الطالب، فيرجع بما ضمن، وإنما الرجوع بحكم الآمر بالأداء، بخلاف الكفيل بأمره على ما تقدم.

(ولا يطالبه) أي: الكفيل بالمال المكفول عنه وإن كانت الكفالة بالأمر، على ما في «الخلاصة».

قبلَ الْأَدَاء، فَإِن لُوزِمَ.. فَلهُ ملازمتُه، وَإِن حُبِسَ.. فَلهُ حَبسُه.

وَيبرأُ الْكَفِيلُ بأَدَاءِ الْأَصِيلِ، وَإِن أَبْرَأَ الطَّالِبُ الْأَصِيلَ أَو أخّر عَنهُ.. برئ الْكَفِيلُ، وَتَأَخَّرَ عَنهُ، ....

(قبل الأداء)؛ لأن الموجب للمطالبة: التملك، وهو لا يملكه قبل الأداء.

بخلاف الوكيل بالشراء؛ حيث يرجع به قبل الأداء؛ لأن الموجب قد وجد في حقه؛ حيث انعقد [١٦٥/ب] بينهما مبادلة حكمية بنفس الشراء، حتى كان له ولاية الحبس لما اشتراه لأجل الثمن.

بخلاف الوكيل بالشراء؛ فإنه يرجع به قبل الأداء؛ لأن الموجب قد وجد في حقه؛ لأنه انعقد بين الوكيل والموكل مبادلة حكمية، حتى وجب التحالف إذا اختلفا في مقدار الثمن، والمبادلة ولو حكمية.. توجب الملك الموجب لجواز المطالبة.

فإن قيل: هل للكفيل أخذ الرهن من الأصيل قبل الأداء؟

وأجيب في «البحر»: بأن له ذلك؛ مستدلاً بما في «الخانية»: كفل عن رجل بمال، ثم إن المكفول عنه أعطى الكفيل رهناً: ذكر في «الأصل»: أنه لو كفل بمال مؤجل على الأصيل فأعطاه المكفول عنه رهناً بذلك.. جاز. انتهى.

(فإن لوزم) الكفيل بالمال (.. **فله**) أي: للكفيل **(ملازمته)** أي: المكفول عنه فيما إذا لم يكن للمكفول عنه مثل الدين في ذمة الكفيل؛ لأنه هو الذي أوقعه في هذه الورطة.. فعليه خلاصه.

(وإن حبس) الكفيل (.. **فله**) أي للكفيل **(حبسه)** أي المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره.

(ويبرأ الكفيل) عن المطالبة **(بأداء الأصيل)** دينه؛ لعدم بقاء موجب المطالبة.

(وإن أبرأ الطالب الأصيل) أي: المكفول عنه **(أو أخر)** الدين **(عنه)** أي: عن الأصيل (..**برئ الكفيل، وتأخر عنه**)؛ لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل؛ لأن الدين على الأصيل وقد سقط بالإبراء، لا على الكفيل في الصحيح. قبله.

قولهم: «براءة الأصيل توجب براءة الكفيل» منقوض بما إذا شرط براءة الأصيل في ابتداء الكفالة؛ فإن براءة الأصيل فيه موجودة، فلم يوجب براءة الكفيل.

أجيب: بأنه إذا شرط براءة الأصيل في الابتداء.. لم يبق هناك كفيل، بل الباقي إذ ذاك محال عليه، ولم يقل: إن براءة الأصيل توجب براءة المحال عليه، وإذا قالوا.. الكفالة بشرط البراءة حوالة.

وفي «قاضي خان»: رجل قال لجماعة: اشهدوا أني قد ضمنت لهذا الرجل بالألف التي له على فلان، ثم إن المديون أقام البينة أنه كان قد قضاها قبل أن يضمنه الكفيل.. قبلت بينته ويبرأ المديون عن دين الطالب، ولا يبرأ الكفيل عن الطالب؛ لأن قول الكفيل ذلك كان إقراراً منه بالدين عند الكفالة.. فلا يبرأ الكفيل، ولو أقام المديون بينة على القضاء بعد الكفالة.. يبرأ المديون والكفيل جميعاً. انتهى.

فعلم منه: أن براءة الأصيل إنما توجب براءة الكفيل إذا لم يضمن الكفيل الألف التي كان له على فلان، فبرهن فلان أنه قضاها قبل ضمان الكفيل، وإلا.. فلا يوجب براءة الكفيل كما في «الأشباه».

وفيه أيضاً نقلاً عن «الخانية»: التأخير عن الأصيل تأخير عن الكفيل، إلا إذا صالح المكاتب [١٦٦/أ] عن قتل العمد بمال، ثم كفله إنسان، ثم عجز المكاتب.. تأخرت مطالبة المصالح إلى عتق الأصيل، وله مطالبة الكفيل الآن.

وفي «القنية»: براءة الأصيل إنما يوجب براءة الكفيل إذا كانت بالأداء أو بالإبراء؛ فإن كانت بالحلف.. فلا؛ لأن الحلف يفيد براءة الحالف فحسب.

وفي «الخلاصة» عن «فتاوى القاضي الإمام»: رجل له على رجل مال، وبه كفيل بإبراء الطالب الأصيل؛ إن قبل الأصيل إبراءه.. برئ الأصيل والكفيل جميعاً، وإن ردّ الأصيل إبراءه.. صحّ ردّه في حقه، ويبقى المال عليه.

وهل يبرأ الكفيل؟

وَإِن أَبْرَأَ الْكَفِيل أَو أَخَّر عَنهُ.. لَا يبرأُ الْأَصِيلُ، وَلَا يتَأَخَّرُ عَنهُ.

اختلف المشايخ فيه.

ولو أبرأ الأصيل، فمات الأصيل قبل الرد والقبول.. كان ذلك قبولاً منه. انتهى.

فظهر منه: أن قبول الأصيل - حقيقة أو حكماً - الإبراء شرط في سقوط الدين عنه بإبراء الطالب، وبه صرح في «غاية البيان» عن «شرح الطحاوي».

وقال في هبة «البزازية»: إبراء الدائن من المديون لا يصح بلا قبوله.

لكن المذكور في أكثر الكتب أن هذا مذهب زفر، ومذهب علمائنا الثلاثة: عدم توقفه على قبوله، والفتوى على هذا؛ لأنه إسقاط لا تمليك، والقبول شرط في التمليك لا في الإسقاط.

(**وإن أبرأ**) الطالب (**الكفيل أو أخر عنه.. لا يبرأ الأصيل، ولا يتأخر عنه**)؛ لأن ما على الكفيل: هو المطالبة، لا أصل الدين، وسقوط المطالبة عنه لا يوجب سقوط أصل الدين؛ لأن بقاء الدين على الأصيل بدون الطلب أو الكفيل جائز.

ولهذا لو مات الكفيل.. ما سقط الدين عن الأصيل، والتأخير إبراء مؤقت بغاية، فيعتبر بالإبراء المؤبد.

واعترض عليه: بأنه اعتبار مع عدم التساوي، وهو باطل، ألا ترى أن الكفيل لو ردّ الإبراء المؤبد.. لم يرتد بالرد، بل يثبت الإبراء ويسقط عنه المطالبة، ولو ردّ الإبراء المؤقت.. ارتدّ بالرد ووجب عليه أداء ما ضمنه حالاً.

وأجيب: بأن اعتبار الشيء بغيره لا يستلزم التساوي بينهما من كل وجه، وإلّا.. لانتفى الاعتبار، نعم، يحتاج إلى ذكر فارق عند من يقول بجوازه بين قبول أحدهما الرد دون الآخر، وهو ما ذكروه: أن الإبراء المؤبد إسقاط محض في حق الكفيل لا تمليك فيه؛ حيث لم يكن عليه إلا مجرد مطالبة، والإسقاط المحض لا يقبل الرد كإسقاط الخيار، وأما الإبراء المؤقت.. فهو تأخير مطالبته، ليس فيه إسقاط، ولهذا يعود بعد الأجل والتأخير؛ كالخيار.

فَإِن كفلَ الْحَالَّ مُؤَجّلاً إِلَى وَقتٍ.. يتأَجَّلُ عَن الْأَصِيل أَيْضاً.

وَلَو صَالحَ الْكَفِيلَ عَن ألفٍ على مائَةٍ.. ....

قال في «البحر»: الطالب إذا أبرأ الكفيل.. يبرأ الكفيل قبل أو لم يقبل. انتهى.

وبه علم الفرق بين إبراء الكفيل وإبراء الأصيل؛ حيث لا يشترط القبول في الأول [١٦٦/ب]، ويشترط في الثاني، على ما ذكرنه آنفاً.

ثم قال في «البحر»: إن الطالب إذا أبرأ الكفيل.. برئ، ولا رجوع له على الأصيل.

بخلاف ما إذا وهب الدين من الكفيل أو تصدق به عليه.. فإن له الرجوع على الأصيل، ولابد له من القبول في الهبة والصدقة؛ لأن كلاً منهما تمليك لا إسقاط محض مثل الإبراء، فلا بد من القبول.

ولو كان الإبراء والهبة بعد موت الكفيل، فقبل الوارث.. صح، وإن ردّ ورثته.. ارتدّ في قول أبي يوسف، وبطل الإبراء.

وقال محمد: لا يرتد بردهم؛ كما لو أبرأه في حياته، ثم مات. انتهى.

(**فإن كفل**) لو قال: «وإن كفل» بالواو بدل الفاء.. لكان أولى. تأمل.

بالدين (**الحال مؤجلاً إلى وقت**) من يوم أو شهر (.. **يتأجل**) الدين (**عن الأصيل أيضاً**)؛ فإنه لما شرط التأجيل في ابتداء الكفالة ولم يكن حينئذ حق للطالب سوى الدين.. تعين تأخيره عن ذمة الأصيل أيضاً.

والحاصل: أنه ليس بتأخير عن الكفيل، بل هو تأخير لأصل الدين، وإن كان تأخيراً لأصل الدين وهو الأصيل.. تأخر عنه وعن الكفيل جميعاً.

بخلاف ما إذا أجل الكفيل بعد الكفالة؛ كما في المسألة الأولى؛ فإن التأجيل هنا إنما كان لتأخير المطالبة الحاصلة بالكفالة، ولا يلزم من ذلك تأخير أصل الدين حتى يتأخر من الأصيل أيضاً.

(**ولو صالح الكفيل**) مع الطالب عن (**ألف على مائة**) أي: من جنس الألف،

برئا، وَرَجع بهَا الكفيلُ فَقَط إِن كفلَ بأَمْره.

وَإِن صَالحَ عَنِ الْألفِ بِجِنْسٍ آخرَ.. رَجَعَ بِالْألف.

شَرَطَ براءتهما جميعاً، أو براءة المطلوب خاصة، أو براءة الكفيل خاصة، أو لم يُشتَرط شيء من ذلك.. ففي الأول والثاني: برئا جميعاً، وفي الثالث: برئ الكفيل عن مائة لا غير، والألف بحاله باق على الأصيل، والطالب مخير إن شاء.. أخذ جميع الألف من الأصيل، وإن شاء أخذ المائة من الكفيل وتسعمائة من الأصيل، ويرجع الكفيل على الأصيل بما أدّى إن كان الصلح والكفالة بأمره.

وفي الرابع.. فلا يخلو؛ إن قال الكفيل للطالب صالحتك عن الأول على مائة ولم يزد على ذلك، وقال: صالحتك عما استوجب بالكفالة، والثاني يكون فسخاً للكفالة لا إسقاطاً لأصل الدين، فيأخذ الطالب المائة من الكفيل إن شاء والباقي من الأصيل، ويرجع الكفيل على الأصيل.

وفي الأول - وهو مسألة الكتاب -: (**برئا**) جميعاً عن تسعمائة باقية؛ لأن إضافة الصلح إلى الألف إضافة إلى ما هو على الأصيل إذا لم يكن على الكفيل شيء سوى المطالبة فيبرأ الأصيل عن تسعمائة، وبراءته توجب براءة الكفيل، ثم برئا جميعاً عن المائة بأداء الكفيل إياها (**ورجع بها**) أي: بالمائة التي وقع عليها الصلح وأداها (**الكفيل**) [١٦٧/أ] على الأصيل (**فقط**) أي: لا يرجع بما بقي من الألف من تسعمائة يعني: يرجع بما أدى لا بما ضمن.

(**إن كفل بأمره**)؛ لأنه إسقاط، فيكون إبراء فيما وراء بدل الصلح، وفيه: لا يرجع الكفيل على الأصيل.

(**وإن صالح عن الألف بجنس آخر**) أي غير الدين (.. **رجع**) إلى الكفيل (**بالألف**) أي بما ضمن؛ لأنه كان مالكاً للدين بما أدّاه من خلاف جنسه؛ لأنه مبادلة، وإذا كان مالكاً له.. يرجع بكلّ ما ضمن من الدين، بخلاف ما سبق؛ لعدم كونه مالكاً له؛ لكون المؤدي جنساً واحداً، بل كان إسقاطاً فيما بقي عن بدل الصلح.

وَإِن صَالحَ عَن مُوجَبِ الْكفَالَةَ.. برئ هُوَ دونَ الْأَصِيلِ.

وَإِن قَالَ الطَّالِبُ لِلْكَفِيلِ بِالْأَمر: بَرِئْتَ إِلَيَّ منَ المَالِ.. رَجَعَ على أصيله.

وَكَذَا فِي: بَرِئتَ، عِنْد أَبِي يُوسُفَ، خلافاً لمُحَمدٍ.

وَفِي: أَبْرَأتك.. لَا يرجعُ. ....

(وإن صالح عن موجب الكفالة) أعني: المطالبة؛ أي: إن صالح الكفيل عن موجب الكفالة على مائة مثلاً **(.. برئ هو)** أي: الكفيل عن المطالبة **(دون الأصيل)** لما ذكرناه آنفاً من أنه فسخ للكفالة لا إسقاط لأصل الدين، بل هو باق على الأصيل، فيأخذ الطالب المائة من الكفيل إن شاء والباقي من الأصيل، وإن شاء.. يأخذ الكل من الأصيل.

(وإن قال الطالب للكفيل بالأمر) أي بأمر المكفول عنه: **(برئت إليَّ من المال.. رجع)** الكفيل **(على أصيله)**؛ لأن هذه البراءة ابتداؤها من الكفيل وانتهاؤها إلى الطالب، وكل براءة ابتداؤها من الكفيل وانتهاؤها إلى الطالب.. لا تكون إلا بالإيفاء، فكان بمنزلة أن يقول دفعت إلي المال أو قبضته منك، وهو إقرار بالقبض.. فلا يكون لرب الدين مطالبته من الكفيل ولا من الأصيل، ويرجع الكفيل على الأصيل.

(وكذا في برئت)، ولا يزيد عليه شيء **(عند أبي يوسف)**؛ لأنه أقرّ ببراءة ابتدائها من المطلوب لذكر حرف الخطاب، وذلك إنما يكون بفعل مضاف إليه على الخصوص؛ كما إذا قيل: قمت مثلاً، وهو ههنا الإيفاء دون الإبراء.

وقيل: أبو حنيفة مع أبي يوسف في هذه المسألة.

(خلافاً لمحمد) هو يقول: إنه مثل أبرأتك على ما سيأتي بيانه؛ لأنه يحتمل البراءة بالإيفاء والبراءة بالإبراء، والثانية أدناهما، فتثبت؛ لتيقنه، ولا يرجع إليه للشك.

(وفي: أبرأتك.. لا يرجع)؛ لأنه براءة لا تنتهي إلى غيره؛ لاستنادها إلى نفس الطالب على الخصوص، وذلك بالإسقاط.. فلا يكون إقراراً بالإيفاء.

وهذا كله إذا كان الطالب غائباً.

وَإِن كَانَ الطَّالِبُ حَاضراً.. يُرجَعُ إِلَيْهِ فِي الْبَيَان فِي الْكلّ.

وَلَا يَصحُّ تَعْلِيقُ الْبَرَاءَةِ عَن الْكفَالَة بِالشّرطِ كَسَائِر البراءات، وَالْمُخْتَارُ: الصِّحَّةُ.

(وإن كان الطالب حاضراً.. يرجع إليه في البيان في الكل)؛ لأنه أوفاه أو أبرأه ليزول الاحتمال ويثبت الحكم؛ لأنه المُجمِل، فيرجَع إليه لبيان ما أجمله.

(ولا يصح تعليق البراءة عن الكفالة بالشرط) مثل أن يقول: إذا جاء غد فأنت بريء من الكفالة؛ لأنها ليست بإسقاط محض؛ لما فيه [١٦٧/ب] من معنى التمليك (كسائر البراءات)، والتعليق إنما يصح في الإسقاط المحض.

(والمختار: الصحة) بناء على أنها إسقاط محض مثل الطلاق والعتاق؛ لأن على الكفيل المطالبة دون الدين على الصحيح، حتى لا يرتد الإبراء عن الكفيل بالرد، بخلاف إبراء الأصيل؛ فإنه يرتد بالرد.

وإذا كان إسقاطاً محضاً.. يصح تعليقه، ويؤيد هذا: ما روي عن «الإيضاح»: أنه لو كفل بالمال وبالنفس وقال: إن وافيتك به غداً فأنا بريء من المال، فوافاه من الغد.. فهو بريء من المال؛ فقد جوز تعليق البراءة عن الكفالة بالمال بموافاة المكفول به.

وقيل: إن عدم الصحة فيما إذا كان الشرط شرطاً محضاً لا منفعة للطالب فيه أصلاً؛ نحو: إذا جاء غد ونحوه؛ لأنه غير متعارف، وأما إذا كان شرطاً فيه نفع للطالب وله تعامل.. فتعليق البراءة به صحيح بالاتفاق.

قال في «الكنز»: وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط.

وقال صاحب «البحر» في شرحه: وأراد بالكفالة: الكفالة بالمال؛ احترازاً عن كفالة النفس.. فإنه يصح تعليق البراءة منها على تفصيل مذكور في «الخانية»؛ حيث قال فيها: إذا علق براءة الكفيل بالنفس وشرط.. فهو على وجوه ثلاثة:

في وجه: تجوز البراءة ويبطل الشرط؛ نحو: أن يكفل رجل بنفس رجل فأبرأه

وَلَا تجوزُ الْكفَالَةُ:

بِمَا تعذّر اسْتِيفَاؤُهُ منَ الْكَفِيلِ؛ كالحدودِ وَالْقصاصِ.

الطالب عن الكفالة على أن يعطيه الكفيل عشرة دراهم.. جازت البراءة ويبطل الشرط.

وفي وجه: تجوز البراءة والشرط، وصورة ذلك: رجل كفل بنفس رجل وبما عليه من المال، فشرط الطالب على الكفيل أن يدفع المال إلى الطالب ويبرئه عن الكفالة بالنفس.. جازت الكفالة والشرط.

وفي وجه: لا يجوز كلاهما، وصورة ذلك: رجل كفل بنفس رجل خاصة، فشرط الطالب على الكفيل أن يدفع إليه المال ويرجع بذلك على المطلوب.. فإنه يكون باطلاً. انتهى.

(**ولا تجوز الكفالة بما تعذر استيفاؤه من الكفيل؛ كالحدود والقصاص**)، هذه قاعدة في ضبط ما لا تصح الكفالة به، وإنما لم يجز ذلك؛ للإجماع على عدم جريانها في العقوبات، ولأن الاستيفاء يعتمد الإيجاب عليه، والإيجاب يعتمد الوجوب عليه، وذلك متعذر؛ لأن الوجوب عليه؛ إما أصالة والفرض خلافه، وإما نيابة وهي لا تجري في العقوبات؛ إذ المقصود منها الانزجار، وهو بالإقامة على النائب لا يحصل.

قال في «مختصر القدوري»: كل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تجوز الكفالة به؛ كالحدود [١٦٨/أ] والقصاص.

وقال صاحب «الهداية»: معناه: بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد.

وتوضيحه على ما في «غاية البيان»: أن الكفالة بنفس الحد لا تجوز؛ أما الكفالة بنفس من عليه الحد.. فتجوز؛ لأن الكفالة لتسليم النفس، وتسليم النفس إلى باب القاضي واجب، بخلاف الكفالة بنفس الحدّ؛ فإنها لا تجوز؛ لأن العقوبات لا تجري فيها النيابة؛ لعدم حصول المقصود؛ أعني: الانزجار.

وَلَا بالْأعيانِ الْمَضْمُونَةِ بغَيْرِهَا؛ كَالْبيعِ والمرهونِ.

هذا في الجواز، وهل يجب أخذ الكفيل لنفس من عليه الحد والقصاص؟

قلنا: لا، وقد سبق من قبل مصرحاً في الكتاب: أنه لا يجبر عند أبي حنيفة على إعطاء الكفيل بالنفس في حد وقصاص، وقد ذكر علاء الدين الإسبيجابي في «شرح مختصر الكافي»: أن الكفالة بنفس من عليه حدّ القذف وحد السرقة، وبنفس من عليه القصاص في النفس وما دون النفس.. صح، وإنما الخلاف في الجبر على إعطاء الكفيل.. ففي الحدود: لا يجبر بالإجماع، وفي القصاص: لا يجبر عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه: يجبر.

وهل تصح الكفالة بالدية؟

ففي «القنية»: الكفالة بالدية - على رواية القدوري - تصح.

أشار في «الأصل» إن كان لهم حظ في الدية أي: لا يصح. انتهى.

وقال في «الخانية»: لو قال: إن قتلك فلان فأنا ضامن له.. لم يصح في قول أبي حنيفة، ويصح في قول محمد.

ولو قال: من قتلك أو غصبك من الناس أو بايعت من الناس فأنا لذلك ضامن.. فهو جائز.

وقال في «البدائع»: لو قال: إن قتلك فلان، أو إن شجك فلان، أو إن غصبك فلان، أو إن بايعت فلاناً.. فأنا ضامن لذلك.. جاز.

ولو قال: من قتلك من الناس، أو من غصبك من الناس، أو من شجك من الناس، أو من بايعت من الناس.. لم يجز؛ لأن جهالة المضمون عنه يمنع صحتها.

(ولا بالأعيان المضمونة بغيرها كالبيع) بيعاً صحيحاً؛ فإنه مضمون بالثمن لا بالعين، بخلاف المبيع بيعاً فاسداً فإنه مضمون بالعين، ويجوز الكفالة به على ما سيصرح به.

(والمرهون)؛ فإنه مضمون بالدين لا بالعين.

وَلَا بالأماناتِ؛ كَالْوَدِيعَةِ والمُستَعارِ وَالْمُسْتَأْجِرِ وَمَال الْمُضَارِبَة وَالشَّرِكَة.

(ولا بالأمانات كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة) ومال اليتيم في يد الوصي؛ لأنه أمانة.

اعلم: أن الكفالة بالمال؛ إما بالدين أو بالعين:

فإن كانت بالدين.. لا بُدّ أن يكون الدين صحيحاً؛ كما تقدم.

وإن كانت بالعين.. فالأعيان بالنسبة إلى جواز الكفالة بها تنقسم بالقسمة الأولية إلى:

ما هو أمانة لا تضمن؛ كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة [١٦٨/ب].

وإلى ما هو مضمون.

ثم المضمون ينقسم إلى:

ما هو مضمون بغيره كالمبيع والمرهون.

وإلى ما هو مضمون بنفسه كالمبيع بيعاً فاسداً، والمقبوض على سوم الشراء، والمغصوب.

والكفالة بالأعيان كلها.

إما أن تكون بذواتها، أو تسليمها.

فإن كان الأول.. لم تصح الكفالة فيما يكون أمانة أو مضموناً بالغير، وتصح فيما تكون مضموناً بنفسه عندنا، خلافاً للشافعي.

فعلى هذا: **لا تجوز الكفالة بالمبيع** عن البائع بأن يقول الكفيل للمشتري: إن هلك المبيع.. فعلي بدله؛ لأنه عين مضمون بغيره وهو الثمن.

ولا بالمرهون؛ لأنه مضمون بالدين.

ولا بالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة؛ لأنها أمانة.

وتجوز في المبيع بيعاً فاسداً، والمقبوض على سوم الشراء، والمغصوب.

ويجب على الكفيل تسليم العين ما دام قائماً، وتسليم قيمته عند الهلاك؛ لأنها أعيان مضمونة بعينها.

وإن كان الثاني.. فما كان مضموناً بغيره - كالمبيع إذا كفل بتسليمه قبل قبضه بعد نقد الثمن، وكالمرهون إذا كفل عن المرتهن بتسليمه إلى الراهن بعد استيفاء المرتهن الدين - ففيه تجوز الكفالة، ويلزم الكفيل إحضار عين المبيع والرهن وتسليمهما.

ولو هلك المبيع قبل التسليم إلى المشتري.. لا شيء على الكفيل؛ لأن العقد قد انفسخ، ووجب على البائع رد الثمن، والكفيل لم يضمن الثمن.

وإن هلك الرهن عند المرتهن.. فكذلك؛ لأن عين الرهن إن كان مقدار الدين.. كان مستوفياً دينه، وإن كان زائداً عليه.. فالزيادة أمانة في يد المرتهن، ولا ضمان فيها.

وما كان أمانة:

فإن كان عن واجب التسليم كالوديعة والمستعار ومال المضاربة والشركة ومال اليتيم في يد الوصي.. فإن الواجب فيها التخلية، وعدم المنع عند الطلب، لا التسليم.

لا تجوز الكفالة بتسليمه؛ لعدم وجوبه، كما لا تجوز بعينها.

وإن كان واجب التسليم؛ كالمستأجر إذا كفل رجل تسليمه إلى المستأجر؛ كمن استأجر دابة وعجل الأجرة ولم يقبضها وكفل له بذلك كفيل.. صحت الكفالة، ويلزم الكفيل تسليمها ما دامت حية، وإن هلكت.. فليس على الكفيل شيء؛ لأن الإجارة انفسخت، وخرج الأصيل عن كونه مطالباً بتسليمها، وإنما عليه رد الأجر، والكفيل ما كفل به، هكذا في «الهداية» وحواشيها.

وَلَا بدينٍ غيرِ صَحِيحٍ؛ كبدل الْكِتَابَةِ، ....

وذكر في «الذخيرة»: أن الكفالة عن المرتهن للراهن لا تصح؛ سواء حصلت الكفالة بعين الرهن، أو برده متى قضى الدين. انتهى.

ولما كان هذا.. كان [١٦٩/أ] لرواية «الهداية» من جواز الكفالة بتسليمه حَمْلَه في «العناية» على اختلاف الروايتين؛ في رواية «الهداية»: تجوز.

وفي رواية «الذخيرة»: لا.

وقال شمس الأئمة السرخسي: الكفالة بتسليم العارية صحيحة.

وقال في «العناية»: رداً عليهم: إن شمس الأئمة ليس ممن لم يطلع على «الجامع»، بل لعله قد اطلع على رواية أقوى من ذلك فاختارها.

قلت: الظن هنا لا يغني عن الحق شيئاً، وهل تنقلب الكفالة بالأمانات إلى الصحة بعدما كانت فاسدة.

ففي «القاعدية»: ولو كفل بالأمانة ولم تجز، ثم صارت الأمانة مضمونة.. هل تعود الكفالة جائزة حتى يؤخذ به الكفيل؟

أجاب: لا، إلا أن يكون أضاف الكفالة إلى سبب الضمان من شخص معلوم، أو علقها به؛ نحو أن يقول: إن أفسد القصار ثوبك هذا.

ولو ضمن بنفس الثوب من غير شرط الإفساد.. لا يصح عند أبي حنيفة.

وعندهما: تصح؛ لأنه غير مضمون على الأجير عنده، مضمون عندهما. انتهى.

(ولا) تجوز الكفالة أيضاً (بدين غير صحيح)، وقد تقدم بيان الدين الصحيح، ويعلم منه معنى الدين الغير الصحيح: (كبدل الكتابة)؛ لأنه دين غير مستقر؛ لثبوته مع المنافي وهو الرق؛ فإن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم، ويجوز سقوطه بتعجيز المكاتب نفسه، وكل دين غير مستقر.. لا يصح عنه الكفالة؛ لأنها لتوثيق المطالبة، والدين الغير مستقر يجوز سقوطه بغير رضا الطالب واختياره.. فلم يبق للكفالة فائدة.

حرٌّ كفلَ بِهِ أَو عبدٌ، وَكَذَا بدلُ السّعَايَةِ عِنْد الإِمَام، ....

ولأن الكفالة لو صحت بها؛ فإما أن تثبت على الكفيل على وجه ثبوته على الأصيل، أو مطلقاً، وكلاهما باطل:

أما الأول: فلأنه يثبت على الأصيل على وجه سقط عند تعجيز نفسه؛ لأنه حينئذ يرد رقيقاً لمولاه كما كان، والكفيل ليس كذلك.

وأما الثاني: فلفوات شرط الكفالة، وهو الاتحاد في صفة ما وجب بالكفالة؛ تحقيقاً لمعنى الضم المعتبر فيها، ونفياً للزيادة على الكفيل، حتى لو كان الدين على الأصيل مؤجلاً.. كان على الكفيل كذلك، ولو جيداً أو رديئاً على الأصيل.. فكذا على الكفيل، وإذا ثبت على الكفيل مطلقاً.. لفات الاتحاد وتثبت الزيادة على الكفيل؛ لأن المطلق غير المقيد ويزيد عليه أيضاً.

وذكر في «النهاية»: أنه كما لا تجوز الكفالة ببدل الكتابة عن المكاتب للمولى.. كذلك لا تجوز الكفالة عنه بدين للمولى سوى بدل الكتابة على المكاتب، على ما في «المبسوط».

والوجه فيه: ما ذكر في بدل الكتابة أيضاً من عدم الاستقرار؛ لابتنائه على بدل الكتابة؛ إذ لولاها.. لم يستوجب المولى على عبده [١٦٩/ب] ديناً.

وكذا لا تجوز الكفالة بالجزية؛ لأنها تسقط بالإسلام.

وكذا لا تجوز الكفالة ببدل الالتزام؛ بأن التزم رجل من رجل مقاطعة ببدل معين، وكفل عنه رجل آخر.. لا تصح؛ لأنه ليس بدين.

(**حرّ كفل به أو عبد**) أي: لا تصح الكفالة ببدل الكتابة؛ سواء كان الكفيل به حراً أو عبداً، ذكر هذا دفعاً لما توهم من صحة هذه الكفالة إذا كان الكفيل عبداً.

(**وكذا**) أي: لا تجوز الكفالة (**بدل السعاية عند الإمام**) أبي حنيفة؛ لما ذكرناه من عدم الاستقرار لثبوته مع المنافي؛ لأن أحكام المستسعى أحكام العبد عنده؛ من

وَلَا بِالْحملِ على دَابَّةٍ مُعينَةٍ، ....

عدم قبول الشهادة، وتزوج المرأتين لا غير، ونصف الحدود.. وغيرها من الأحكام المعتبرة في العبد.

وعندهما: أنه كالحر المديون.. فتصح الكفالة به عندهما، على ما في «الخلاصة».

(**ولا بالحمل على دابة معينة**)؛ كمن استأجر إبلاً معينة للحمل وعجل الأجرة ولم يقبضها، وكفل له بالحمل.. لم يصح؛ لأن الكفيل عاجز عن الحمل على الدابة المعينة؛ لأنها ليست في ملكه، والحمل على دابة نفسه ليس بحمل على تلك الدابة، ولأن الواجب على المؤجر تسليم عين الدابة، والكفالة بالحمل: كفالة على ما لا يجب تسليمه على الأصيل.. فلا تصح.

وهذا الوجه أولى من الأول؛ لأنه منقوض بصحة كفالة الأعيان المضمونة بنفسها على ما سبق؛ لأنها ليست في ملكه.

قيّد بالحمل؛ لأنه لو كفل بتسليم الدابة المعينة.. تجوز، كذا في «البحر».

وقال في «فتح القدير»:

والحاصل: **أنه إن كان الحمل** على الدابة تسليمها.. فينبغي أن تصح الكفالة في المعينة وغير المعينة؛ لأن الكفالة بتسليم المستأجر صحيحة، ولم يمنع من كون المستأجر ملكاً لغير الكفيل.

وإن كان التحميل.. ينبغي أن لا تصح فيهما؛ لأن التحميل غير واجب على الأصيل.

والحق: أن الواجب في الحمل على الدابة معينة أو غير معينة ليس بمجرد تسليمها، بل المجموع من تسليمها والإذن في تحميلها، أو هو ما ذكر في «النهاية»: من التركيب.

أَو بِخِدْمَةِ عبدٍ معيّنٍ بِخِلَافِ غيرِ الْمعيَّن.

وما ذكرنا من الحمل عليها.. ففي المعينة لا يقدر على الإذن في تحميلها؛ إذ ليس له ولاية عليها ليصح إذنه الذي هو معنى الحمل، وفي غير المعينة: يمكنه ذلك عند تسليم دابة نفسه أو دابة استأجرها. انتهى.

(**أو بخدمة عبد معين**)؛ لما ذكرناه من الوجهين.

(**بخلاف غير المعين**) من الدابة والعبد.

استأجر دابة غير معينة للحمل أو عبداً غير معين للخدمة، فكفل رجل بالحمل والخدمة.. تصح الكفالة؛ لأن المستحق هو الحمل وهو قادر عليه بالحمل على دابة نفسه وخدمة عبده.

والأصل [١٧٠/أ] فيه على ما ذكره في «الخلاصة»: أنه إذا أمكن تحصيله من الكفيل.. يصح الكفالة، وإلّا.. فلا.

ففي المعينة.. لا، وفي غير المعين.. نعم فيها.

قال في «فتاوى الأنقروي» نقلاً عن «الخانية»: وتجوز الكفالة والرهن بالخراج والنوائب التي تكون لحقّ، ذكره في «الهداية».

ويرجع على الأصيل إن كانت الكفالة بأمره، وكذا الجبايات والمصادرات السلطانية في الصحيح.

وفي «الكافي» للنسفي: قيل: المراد بالخراج: الموظف، وهو في كل جريب من الأرض قفيز، لا المقاسمة، وهو: ما يعين عليه من ربع الخارج من الأرض أو خمسه إلى نصفه؛ لأنه عين لا يثبت في الذمة.. فلا يمكن فيها الكفالة، وأما النوائب الحقة ككري النهر المشترك، وأجر حراس بلد من بلاد الإسلام من الأعداء، وما وظف الإمام لتجهيز الجيوش، وتعمير الجسور والقناطير ونحوها عند خلو بيت المال عن المال؛ لأن كلاً منها دين مطالب، ممكن الاستيفاء.. فيمكن ترتيب موجب الكفالة عليه، وتوثيق استيفاء بالرهن كما في سائر الديون. انتهى.

وَلَا عَن ميّتٍ مُفلِسٍ، خلافاً لَهما.

وسيأتي بيانها في الكتاب أيضاً.

(**ولا عن ميت مفلس**) أي: مات مديون مفلس ولا كفيل على دينه، وكفل عنه بدينه إنسان؛ وارثاً كان أو أجنبياً.. لم تصح الكفالة عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**)، وهو قول مالك والشافعي وأحمد؛ لإطلاق قوله ﷺ: «الزعيم غارم»، ولما روي أن النبي ﷺ أتي بجنازة ليصلي عليه، فقال ﷺ: «فهل على صاحبكم دين؟» فقالوا: نعم، درهمان أو ديناران، فامتنع عن الصلاة عليه وقال: «صلوا على صاحبكم» فقام علي أو أبو قتادة وقال: هما علي يا رسول الله، فصلى رسول الله ﷺ.

ولأنه كفل بدين صحيح ثابت في ذمة الأصيل، فتكون صحيحة، وهذا لأنه وجب لحق الطالب.. فلا يسقط إلا: بإبراء الطالب، أو بالأداء، أو بفسخ سبب الوجوب، ولم يوجد شيء من ذلك على ما هو المفروض.. فلا يسقط، ولهذا يبقى في حق أحكام الآخرة.

ولو تبرع به إنسان.. صح.

ولو انتفى بالموت.. لما حل لصاحبه الأخذ من المتبرع.

ولأبي حنيفة: أن الدين فعل اختياري؛ لصحة اتصافه بالوجوب، يقال: دين واجب؛ مثل: صلاة واجبة.. فيقتضي القدرة على الأداء، والقدرة إنما تكون بنفسه أو بخلفه، وقد انتفت بانتفائهما؛ لكونه مفلساً.. فانتفى الدين ضرورة، والكفالة عن الساقط لا تصح.

ما قيل: اتصاف الدين بالوجوب يقتضي قيام العرض بالعرض، وذلك [١٧٠/ب] غير جائز عند أهل السنة.

مندفع بأنه أمر اعتباري، لا صفة حقيقية، حتى يمنع قيامه بالعرض.

وَلَا بِلَا قَبُولِ الطَّالِب فِي الْمجْلِسِ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: تجوزُ مَعَ غيبته إِذا بلغه فَأَجَاز.

فإن قيل: المال قد يتصف بالوجوب أيضاً، يقال: المال واجب، فكيف يصح الاستدلال بصحة الاتصاف بالوجوب على فعلية الدين؟

قلنا: اتصاف المال بالوجوب لكون الدين في الحكم مالاً؛ لأن أداء الدين لا يتحقق إلا بتمليك طائفة من المال، فوصف المال بالوجوب لكون الأداء الموصوف به يؤول إليه، فكان وصفاً مجازياً، وقوله ﷺ: «الزعيم غارم» إنما يدل على أنّ الكفيل يغرم ما كفل به، والكلام في كفيل الميت المفلس هل هو زعيم أم لا؟ وحديث الجنازة يحتمل أن يكون ذلك من عليّ أو أبي قتادة إقراراً بكفالة سابقة ويحتمل أن يكون وعداً بالتبرع، ونحن نقول به.

وقولهم: ولو تبرع به إنسان..

قلنا: صحة التبرع لا تعتمد قيام الدين؛ فإن من قال: على فلان ألف درهم وأنا به كفيل.. صحت الكفالة، وعليه أداؤه وإن لم يوجد الدين أصلاً.

إنما قال: «عن ميت مفلس»؛ لأنه لو كفل في حياته، ثم مات مفلساً.. لم تبطل الكفالة كما لو كان به رهن ثم مات مفلساً.. لا يبطل الرهن (**ولا بلا قبول الطالب في المجلس**) عند أبي حنيفة ومحمد.

(**وقال أبو يوسف**) في قوله الآخر: (**تجوز مع غيبته**) عن المجلس (**إذا بلغه**) خبر الكفالة (**فأجاز**) حين بلغ.

وفي رواية عنه: لم يشترط الإجازة.

وجه الرواية الأولى - على ما تقدم في نكاح الفضولي -: جعل كلام الواحد كالعقد التام، فيتوقف على ما وراء المجلس؛ إذ لا ضرر في هذا التوقف على أحد.

فَإِن قَالَ الْمَرِيضُ لوَارِثه: تكفلْ عنّي بِمَا عليَّ، فكفلَ مَعَ غيبَةِ الْغُرَمَاءِ.. جَازَ اتِّفَاقاً.

ووجه الرواية الأخرى: أنه تصرف التزام، فيستبد به الملتزم كالإقرار والنذر، وقد يمنع كون هذا تصرف التزام فقط؛ مستنداً بأنه عقد تبرع كالهبة والصدقة، فيتوقف على القبول.

(**فإن قال المريض لوارثه: تكفل عني بما علي**) أي: من الدين (**فكفل مع غيبة الغرماء.. جاز**) أي: استحساناً (**اتفاقاً**)، فهذا كالاستثناء عما سبق من قول الإمامين.

والقياس: عدم جوازها أيضاً؛ لما مر أن الطالب غير حاضر.. فلا يتم الضمان إلّا بقبوله، ولأن الصحيح لو قال ذلك لورثته أو لأجنبي.. لم يصح؛ فكذا المريض.

ووجه الاستحسان أمران:

أحدهما: أن ذلك القول من المريض وصية في الحقيقة، ولهذا تصح وإن لم يسم المكفول لهم، وقد تقدم أن جهالة المكفول له تفسد الكفالة، ولهذا قالوا: إنما تصح هذه الكفالة إذا كان له مال عند الموت؛ تصحيحاً لمعنى الوصية، وإذا كان في معنى الوصية [١٧١/أ].. لا يشترط القبول في المجلس.

والثاني: أن المريض يقام مقام الطالب ههنا ضرورة احتياجه إلى قيامه مقامه؛ لتفريغ ذمته عنه، فصار كأن الطالب قد حضر بنفسه وقال للوارث: تكفل عن أبيك لي.

فإن قيل: قيام المريض مقام الطالب وحضوره ليس محل النزاع، وإنما ذلك اشتراط القبول، وهو ليس بشرط ههنا.

أجيب عنه في «الهداية»: بأن ذلك إنما يصح بهذا اللفظ؛ أعني: «تكفل عني بما علي من الدين» بلا شرط القبول؛ لأن المريض يريد بقوله: «تكفل عني» تحقق الكفالة لا المساومة؛ نظراً إلى ظاهر حالته التي هو عليها، فصار كالآمر بالنكاح؛

وَلَو قَالَه لأَجْنَبِيّ.. اخْتلفَ فِيهِ الْمَشَايخ.

وَتجوزُ بالأعيان الْمَضْمُونَةِ بِنَفسِهَا؛ كالمقبوضِ على سومِ الشِّرَاءِ، وَالْمَغْصُوبِ، وَالْمَبِيعِ فَاسِداً، وبتسليمِ الْمَبِيعِ إِلَى الْمُشْتَرِي، والمرهونِ إِلَى الرَّاهِنِ، والمستأجَرِ إِلَى الْمُسْتَأْجر، وبالثمن.

كقول الرجل لامرأة: زوجيني نفسك، فقالت: زوجت؛ فإن ذلك بمنزلة قولها: زوجت وقبلت.

(ولو قاله) أي: لو قال المريض ذلك اللفظ (لأجنبي.. اختلف فيه المشايخ)؛ فمنهم: من لم يصحح ذلك؛ لأن الأجنبي غير مطالب بقضاء دينه لا في الحياة ولا بعد الموت بدون الالتزام والقبول؛ كما لو قال ذلك صحيح لأجنبي أو لوارثه.

ومنهم: من يصحح؛ لأن المريض قصد به النظر لنفسه، والأجنبي إذا قضى دينه بأمره.. يرجع في تركته، فيصح هذا من المريض على طريق الوصية، أو على أن يجعل قائماً مقام الطالب؛ لضيق الحال عليه بمرض الموت كما تقدم، ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح، فتركناه على القياس.

(وتجوز) الكفالة (بالأعيان المضمونة بنفسها؛ كالمقبوض على سوم الشراء والمغصوب والمبيع) بيعاً (فاسداً، وبتسليم المبيع إلى المشتري) أي: تجوز الكفالة بتسليم المبيع بيعاً صحيحاً إلى المشتري قبل قبضه بعد نقد الثمن، وقد تقدم من قبل.

(و) بتسليم (المرهون) إذا كفل عن المرتهن بتسليمه (إلى الراهن) بعد استيفاء المرتهن الدين.

(و) بتسليم (المستأجَر) اسم مفعول إذا كفل بتسليمه (إلى المستأجر) لقدرة الكفيل على تسليمها.

(و) تجوز (بالثمن) أيضاً؛ لأنه دين صحيح مضمون على المشتري، فيصح تسليمه.

أطلق الثمن، ولا بد أن يستثنى ثمن المبيع بالبيع الفاسد.. فإنه لا يصح الكفالة به؛ لما في «البحر»: أنه لو كفل بالثمن، ثم ظهر فساد البيع.. رجع الكفيل بما دفعه؛ إن شاء على البائع، وإن شاء على المشتري.

وإن فسد بعد صحته بأن ألحقا به شرطاً فاسداً.. فالرجوع للمشتري على البائع.

ويستثنى من الثمن أيضاً: ما اشترى به صبي محجور عليه، فكفل به رجل، أو كفل بالدرك بعدما قبض الصبي الثمن.. لم تصح الكفالة؛ لكونه كفل بما ليس بمضمون على الأصيل، كذا في «البحر» [١٧١/ب].

وقال في الفصل التاسع والعشرين من «العمادية»: الوكيل بالبيع إذا ضمن الثمن للبائع عن المشتري.. لا يجوز، ولو أدى بحكم الضمان.. يرجع، ولو أدى بغير ضمان.. جاز ولا يرجع.

ذكر في «بحر المحيط» هشام سألت محمد عمن قال لغيره: بع من هذا العبد المحجور متاعاً وأنا ضامن لثمنه، فباعه متاعاً؟

قال لي محمد: ما حال المتاع؟

قلت: قبضه واستهلكه.

قال: لا يضمن؛ لأنه ضمن الثمن، ولا ثمن عليه؛ لأن البيع فاسد. انتهى.

وقال فيه أيضاً: من شرائط جواز الكفالة: كون المكفول به مضموناً على الأصيل؛ بحيث يجبر على تسليمه، والثمن في البيع الفاسد غير مضمون على الأصيل.. فلا يصح الكفالة به.

قال في «الفصولين»: قال لغيره: بع من هذا العبد المحجور متاعاً وأنا ضامن ثمنه، فباعه وقبضه وأتلف.. لم يضمن إذا ضمن الثمن، ولا ثمن عليه لفساد البيع.

ولو قال: ما بايعته من درهم إلى مائة فأنا ضامن له، فباعه ثوباً قيمته خمسون بمائة، وقبضه واستهلكه.. ضمن قيمة الثوب، هكذا ذكره العلامة صدر الإسلام.

ثم قال معترضاً عليه: وقوله: «أنا ضامن له» مخالف لقوله: «أنا ضامن للثمن». انتهى.

أقول: لا مخالفة؛ لأنا لا نسلم أنه معنى قوله: أنا ضامن له.. أنا ضامن للثمن، كيف وقد صرح أنه ضمن قيمة الثوب؟!

وكذا يصح تسليم المستعار على ما ذكره محمد في «الجامع».

وإنما تركه لعله بناء على ما قاله الإمام السرخسي من أن الكفالة بتسليم المستعار باطلة، لكنهم قالوا: هذا القول منه ليس بصواب، وقد ذكرناه من قبل.

* * *

(فَصْلٌ)

وَلَو دفعَ الْأَصِيلُ المَالَ إِلَى كفيلِهِ قبلَ دفعِ الْكَفِيلِ إِلَى الطَّالِبِ.. لَا يسْتَردُّهُ مِنْهُ.

(فَصْلٌ)

(**ولو دفع الأصيل المال إلى كفيله قبل دفع الكفيل إلى الطالب.. لا يسترده**) الأصيل (**منه**) أي: من الكفيل:

سواء كان الدفع إليه على وجه الاقتضاء؛ بأن دفعه إليه، وقال: إني لا آمن أن يأخذ الطالب منك حقه، فخذها قبل أن تؤدي، فقبضه.

أو على وجه الرسالة؛ بأن يقول للكفيل: خذ هذا وادفعه إلى الطالب.

ففي الوجهين: لا يسترده.

أما في الأول: فلأنه تعلق حق القابض إليه على احتمال قضائه الدين.. فلا يبطله بالاسترداد ما دام هذا الاحتمال باقياً؛ كمن عجل الزكاة ودفعها إلى الساعي؛ فإنه ليس له أن يستردها لتعلق حق الساعي إليها.

وأما في الثاني: فلأنه تعلق من حق الطالب.. فلا يبطله بالاسترداد، ولكن الكفيل لا يملكه ههنا؛ لأنه قبضه من الأصيل على وجه الرسالة، فيكون أمانة في يده، بخلاف الأول؛ فإنه يملكه فيه.

هذا في دفع [١٧٢/أ] الأصيل إلى كفيله، بقي الأمر فيما إذا دفع المطلوب المال إلى كفيله ليؤديه إلى الطالب.. فهل له أن يسترده من الكفيل قبل دفعه إلى الطالب أم لا؟

ففي «البحر»: إنه إن قال كفيلاً بأمره.. ليس له أن يسترده؛ لأنه حينئذ لا يملك الاسترداد، وإن كان لا بأمره.. فله أن يسترده. انتهى.

أطلق في عدم الاسترداد، ولا بد أن يقيده بما إذا لم يؤد الأصيل قبل أداء الكفيل.. فإنه حينئذ يسترده على ما صرح به في «الخلاصة»؛ حيث قال: وليس

وَمَا ربحَ فِيهِ الْكَفِيلُ.. فَلَهُ، ....

للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أداء الدين، وإن كانت الكفالة بالأمر؛ فلو طالب مع هذا وأداه، ثم أراد أن يسترده.. ليس له ذلك؛ فلو أدى المكفول عنه.. فالآن يسترده. انتهى.

(وما ربح فيه) أي: فيما قبضه على وجه الاقتضاء (الكفيل.. فله) أي: يطيب له ذلك الربح؛ لأنه ملكه بالقبض على وجه الاقتضاء حين قبضه، فيكون الربح حاصلاً في ملكه.. فيطيب له، هكذا ذكره في «العناية»، وقال: وإنما قلنا: إنه ملكه حين قبضه؛ لأن قضاء الدين؛ إما أن حصل من الكفيل أو من الأصيل:

فإن كان الأول.. فظاهر؛ لأنه قبض ما وجب له، فيملكه من حين قبض؛ كمن قبض الدين المؤجل معجلاً.

وإن كان الثاني.. فلأنه وجب للكفيل على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب على الكفيل. انتهى.

ولم يعين ما وجب للكفيل على المكفول عنه: أنه المطالبة أو الدين، ومراده: المطالبة لا الدين على ما صرح به في الرد على صاحب «النهاية»؛ حيث قال في «النهاية» في وجه الثاني: وذلك؛ لأن الكفالة توجيه دينين؛ ديناً للطالب على الكفيل، وديناً للكفيل على المكفول عنه، لكن دين الطالب حال، ودين الكفيل مؤجل إلى وقت الأداء من حين تأخير مطالبته بما وجب له على المكفول عنه إلى ما بعد الأداء، ولهذا لو أخذ الكفيل من الأصيل رهناً بهذا المال.. صح؛ بمنزلة ما لو أخذ رهناً بدين مؤجل، ولو أبرأ الكفيل الأصيل قبل الأداء إلى الطالب من الدين أو وهبه منه.. يجوز، حتى لو أداه الكفيل إلى الطالب بعد ذلك.. لم يرجع به على الأصيل. انتهى.

وقال في «العناية» رداً عليه: وهذا موافق لبعض عبارة الكتاب ظاهراً، ولكن لا يوافق ما تقدم من أن الصحيح: أن الكفالة ضمّ ذمة إلى ذمة في المطالبة؛ فإنه على هذا التقدير: الكفالة توجب للكفيل على الأصيل من المطالبة مثل ما وجب للطالب

وَلَا يَتَصَدَّقُ بِهِ، وردُّهُ إِلَى الْمَطْلُوبِ أحبُّ إِنْ كَانَ الْمَدْفُوعُ شَيْئاً يتَعَيَّن كالبُرِّ، خلافاً لَهما.

على الأصيل من المطالبة، إلا أن مطالبة الطالب حالّة، ومطالبة الكفيل أخرت إلى وقت الأداء، فنزل ما وجب [١٧٢/ب] للكفيل على الأصيل من المطالبة منزلة الدين المؤجل. انتهى.

(**ولا يتصدق به**) أي: لا يجب عليه التصدق بذلك الربح؛ سواء كان قضاء الدين من الكفيل، أو من الأصيل.

أما على الأول: فلأنه حصل في ملكه، ولا خبث فيه أصلاً اتفاقاً.

وأما على الثاني: فلأنه وإن كان فيه نوع خبث على ما سيأتي في مسألة الكفالة بالبر، إلا أن الخبث مع الملك لا يعمل فيما لا يتعين.

وأما إذا قبضه على وجه الرسالة.. فالربح لا يطيب له عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأنه ربح من أصل خبيث، وعند أبي يوسف: يطيب؛ لأن الخراج بالضمان بقي يستحق الغلة؛ بسبب أن ضمنه، وأصل هذا: أن المودع إذا تصرف في الوديعة وربح.. فإنه على هذا الاختلاف.

(**ورده**) أي: الرابح (**إلى المطلوب**) أي: المكفول عنه فيما إذا قضى المكفول عنه بنفسه (**أحب إن كان المدفوع**) إلى الكفيل من المكفول عنه (**شيئاً يتعين؛ كالبر**) يعني: إذا قبضه الكفيل من الأصيل على وجه الاقتضاء أو تصرف فيه قبل أن يؤدي إلى الطالب وربح.. فالربح له قضاء؛ لأنه كان في ملكه على ما مر.

لكنه قال أبو حنيفة: رده إلى المطلوب أحب، وإن لم يجب عليه في الحكم، وهذا رواية «الجامع الصغير» عن أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**) قالا: لا يتصدق الربح، ولا يرده إلى المطلوب، بل هو له، وهو رواية كتاب البيوع عن أبي حنيفة، وفي رواية كتاب الكفالة عنه: أن الربح لا يطيب له ويتصدق به.

وَلَو أَمرَ الْأَصِيلُ كفيلَه أنْ يُعِينَ عَلَيْهِ ثوباً، ....

وجه قولهما: أنه ربح في ملكه حين قبض على ما ذكرناه، ومن ربح في ملكه.. سلم له الربح.

وجه رواية كتاب الكفالة: أنه تمكن الخبث مع الملك بوجهين:

أحدهما: أن الربح كان حاصلاً في ملك متردد بين أن يقر وأن لا يقر؛ لأن الأصيل بسبيل من الاسترداد، على تقدير أن يقضي البر بنفسه، والملك المتردد قاصر، ولو عدم الملك أصلاً.. كان الربح فيه خبيثاً، ففي القاصر شبهة الخبث.

والثاني: أنه إنما رضي بكونه ملكاً للكفيل على اعتبار قضائه؛ فإذا قضاه الأصيل بنفسه.. لم يكن راضياً به، فتمكن الخبث، والخبث مع الملك يعمل فيما يتعين على ما تقدم في البيوع الفاسدة، والبر مما يتعين.. فسبيله التصدق.

ووجه رواية «الجامع الصغير»: أن الخبث لحق الأصيل لاعتبار قضائه بنفسه؛ فإذا ردّ إليه.. وصل الحق إلى مستحقه، وهذه الرواية أصح على ما في «الهداية»؛ لكون الحق للأصيل، لكنه استحباب لا جبر فيه؛ فإذا رد عليه؛ فإن كان فقيراً.. يطيب له، وإن كان غنياً.. ففيه روايتان، والأشبه: أن يطيب له على ما اختاره [١٧٣/أ] فخر الإسلام.

هذا كله فيما إذا قبضه على وجه الاقتضاء.

وأما إذا قبضه على وجه الرسالة.. فعلى ما تقدم من الاختلاف فيما لا يتعين؛ عند أبي يوسف: يطيب، وعندهما: لا يطيب على ما في «العناية».

وقيل: لا يطيب بالاتفاق.

(**ولو أمر الأصيل كفيله أن يتعين عليه ثوباً**) أي: أن يشتري له ببيع العينة ثوباً هكذا فسر، لكنه قال في «المغرب»: لم أجده، وفسر العينة بالنسيئة.

وقال في «المصباح»: والعِينة بالكسر: السلف يقال: اعتان الرجل: اشترى الشيء بنسيئة. والاسم: العينة بالكسر.

فَفعلَ.. فالثوبُ للْكَفِيل، ....

وفسرها الفقهاء: بأن يبيع الرجل متاعه إلى أجل، ثم يشتريه في المجلس بثمن حال؛ ليسلم له به من الربا.

وقيل لهذا البيع: عينة؛ لأن مشتري السلعة إلى أجل يأخذ بدلها عيناً؛ أي: نقداً حاضراً، وذلك حرام إذا اشترى المشتري على البائع أن يشتريها منه بثمن معلوم؛ فإن لم يكن بينهما شرط.. فأجازها الشافعي؛ لوقوع العقد سالماً عن المفسدات.

ومنعها بعض المتقدمين، وكان يقول: هي أخت للربا؛ فلو باعها المشتري من غير بائعها في المجلس.. فهي عينة أيضاً؛ لكنها جائزة بالاتفاق. انتهى ما في «المصباح».

وما نقله عن الفقهاء مخالف لتفسير صاحب «الهداية» قال: فسره بأن يستقرض من تاجر عشرة دراهم ويبيع منه ثوباً يساوي عشرة بخمسة عشر مثلاً؛ رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المشتري المستقرض بعشرة ويتحمل بخمسة، قال: سمي هذا البيع عينة؛ لما فيه من الإعراض عن الدين إلى العين وهو مكروه؛ لأن فيه الإعراض عن مبرة الإقراض مطاوعة للبخل الذي هو مذموم.

وللعينة صورة أخرى ذكرها في حواشي «الهداية» وغيرها.

(**ففعل**) الكفيل ذلك (.. **فالثوب للكفيل**) لا للأصيل؛ لأن هذا العقد.

إما كفالة فاسدة بناء على كلمة «على» فإنها كلمة ضمان لكنها فاسدة؛ لأن الضمان والكفالة إنما يصح بما هو مضمون على الأصيل، والخسران ليس بمضمون على أحد.. فلا يصح ضمانه؛ مثل رجل قال لآخر: بع متاعك على أن كل خسران يصيبك فأنا ضامن لك.. فإنه ليس بصحيح.

وإما وكالة فاسدة بناء على قوله: «تعين» يعني اشتر لي ثوباً بعينة، ثم بعه بالنقد بأقل منه واقض ديني، وهذا؛ لأن الثوب والثمن غير معلوم المقدار، فتفسد الوكالة؛

وَالرِّبْحُ عَلَيْهِ.

وَمن كفلَ لآخرَ بِمَا ذابَ لَهُ على غَرِيمهِ، أَو بِمَا قُضِيَ لَهُ بِهِ عَلَيْهِ، فَغَابَ الْغَرِيمُ، فبرهنَ الطَّالِبُ على الْكَفِيلِ بأَنَّ لَهُ على الْغَرِيمِ ألفاً.. لَا يُقبل.

فإذا فسد كل من الكفالة والوكالة.. كان الثوب المشترى للمستقرض المشتري، وهو الكفيل.

(**والربح**) الذي ربحه البائع بيع عينة (**عليه**) أي على [١٧٣/ب] الكفيل لا على الأصيل؛ لأنه هو العاقد.

(**ومن كفل لآخر**) عن غريمه (**بما ذاب**) أي: وجب (**له**) أي: لآخر (**على غريمه أو بما قضي به له عليه**) أي: على غريمه، (**فغاب الغريم، فبرهن الطالب على الكفيل بأن له على الغريم ألفاً.. لا يقبل**) برهانه حتى يحضر المكفول عنه؛ لأن قبوله يعتمد صحة دعواه، وهي غير صحيحة؛ لعدم مطابقتها بالمكفول به؛ لأن المكفول به؛ إما مال مقضي به على الأصيل لدلالة ما قضى وما ذاب عليه، ودعواه مطلق عن ذلك.. فلا مطابقة بينهما.

وإنما قال: «قضي به» بجعل لفظ الماضي بمعنى المستقبل.. فلا مطابقة أيضاً؛ للإطلاق والتقييد في الدعوى والمكفول به؛ كذا في «العناية».

وقال بعضهم في تعليل هذه المسألة: إن المكفول به مال يقضى به على الكفيل؛ لأن هذا لفظ ماض أريد به المستقبل؛ كما في: أطال بقاك، ودعوى المدعى على الكفيل غير مقيدة بكون المال واجباً على الأصيل بعد الكفالة، بل يحتمل أن يكون بعدها وأن يكون قبلها.. فلا تدخل تحت الكفالة بالشك، هكذا ذكره في «البحر».

وقال: وحاصله: أنه قضاء على الغائب - وهو الأصيل - من غير خصم عنه، وجزمهم بها بعدم القبول: ينبغي أن يكون على الرواية الضعيفة؛ أما على أظهر

وَلَو برهن أَنَّ لَهُ على زيدٍ ألفاً وَهَذَا كفيلُه بأَمْرِهِ.. قُضِيَ بِهِ عَلَيْهِمَا.

الروايتين: المفتى به: من نفاذ القضاء على الغائب، فينبغي النفاذ، ولم أر من نبه عليه ههنا. انتهى.

قلت: قد نبه عليه الفاضل يعقوب باشا في «حاشية الصدر الشريعة»؛ حيث قال فيها: فيه أن القضاء على الغائب صحيح في مثل هذه المسألة، قال في «العمادي»: إذا ادعى رجل أنه كفل من فلان بما يذوب له عليه، فأقر المدعى عليه الكفالة، وأنكر الحق وأقام المدعي بينة أنه ذاب على فلان كذا.. فإنه يقضى به في حق الكفيل الحاضر، وفي حق الغائب جميعاً، حتى لو حضر الغائب وأنكر.. لا يلتفت إلى إنكاره. انتهى كلام ذلك الفاضل.

قلت: إنما صح القضاء في مسألة «العمادي»؛ لوجود المطابقة فيها، ونحن نقول به بعد وجود المطابقة، ولهذا قال في «العناية»: لو ادعى على الكفيل أن قاضي بلدة كذا قضى له على الأصيل بعد عقد الكفالة بألف درهم، وأقام على ذلك بينة.. قبلت بينته؛ لوجود المطابقة حينئذٍ. انتهى.

بخلاف ما نحن فيه حيث لا مطابقة فيه، فلم تقبل بينته، وقد نص في «معراج الدراية» على أن عدم القبول ههنا؛ لكونه قضاء على الغائب؛ حيث قال في تعليلها: لأنه لو كفل بما قضي له على الأصيل فما لم يصر المال مقضياً به على المكفول عنه.. لا يكون الكفيل كفيلاً، فلا يكون خصماً، ولا يمكن القضاء على الأصيل بهذه البينة حال غيبته [١٧٤/أ]؛ لأنه يكون قضاء على الغائب، وهو لا يصح عندنا وأحمد، ويصح عند الشافعي ومالك، ولذلك توقف قبول البينة والقضاء على المكفول عنه إلى أن يحضر؛ حتى يكون الكفيل بالدين المقضي به على الأصيل كما شرط في عقد الكفالة، ألا ترى أنه لو أقر الكفيل على الأصيل بأن الطالب لا يلزمه إذا حضر الأصيل، وإذا حضر الأصيل وقضى عليه.. فحينئذٍ يلزم الكفيل. انتهى.

(**ولو برهن أن له على زيد ألفاً، وهذا كفيله بأمره.. قضي به**) أي: بالألف (**عليهما**) أي: على الحاضر والغائب جميعاً؛ لأن المكفول ههنا مال مطلق عن

وَلَو بلا أمرِهِ.. قُضِيَ على الْكَفِيلِ فَقَط.

التقييد بكونه مقضياً به، أو يقضى به فيطابق الدعوى للمدعى به، فتقبل، بخلاف ما سبق على ما مر.

(ولو) ادعى كفالته (**بلا أمره.. قُضِيَ على الكفيل فقط**) لا على الغائب.

وينبغي ههنا بيان ثلاثة فروق، ذكر المصنف منها اثنين:

أحدها: الفرق بين المسألة المتقدمة أعني الكفالة بما ذاب أو بما قضي وبين المسألة الثانية أعني: أنه كفل بأمره؛ حيث لم تقبل البينة في الأولى وقبلت في الثانية، وقد عرفت الفرق بينهما.

والثاني: الفرق بين المسألة الثانية والمسألة الثالثة؛ حيث قضي في الثانية عليهما معاً، وفي الثالثة على الكفيل فقط، ووجه الفرق هنا: أن الكفالة بأمره: تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء، وبغير أمره: تبرع ابتداء وانتهاء، وكل ما كان كذلك.. فهما غيران لا محالة، وإذا ثبت ذلك.. فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالآخر؛ لأن الحاكم إنما يقضي بالسبب الذي يدعيه المدعي، ألا ترى أنه لو ادعى الملك بالشراء.. لا يجوز له القضاء بالهبة، وإن كان حكمهما واحداً وهو الملك؛ فإذا ادعى المدعي الكفالة بالأمر وقضي بها ببينة.. ثبت أمره بالحجة الكاملة، والأمر بالكفالة يتضمن الإقرار بالمال، فيصير مقضياً عليه؛ فلو حضر الغائب بعد ذلك.. لا يحتاج إلى إقامة البينة عليه.

وإذا ادّعاها بغير أمره.. فإنها لا تمس جانب الغائب؛ إذ ليس من ضرورة وجوب المال على الكفيل وجوبه على الأصيل؛ لأن صحة الكفالة بغير أمر يعتمد قيام الدين في زعم الكفيل.. فلا يتعدى منه إلى الأصيل، ولهذا لو قال: لفلان على فلان ألف درهم وأنا به كفيل.. وجب المال عليه وإن لم يجب على الأصيل شيء.

والفرق الثالث: هو الفرق بين المسألة الثالثة فيما نحن فيه وبين ما إذا أبهم فادعى على رجل أنه كفل له على فلان بكل مال له قبله ولم يفسر، وأقام على ذلك

وَضَمانُ الدَّرْكِ لِلْمُشْتَرِي عِنْد البيعِ: تَسْلِيمٌ، يبْطلُ دَعْوَى الضَّامِن بعدَ ذَلِك.

بينة، وأن له على الغائب ألف درهم كانت له قبل الكفالة.. فإنه يقضى بها على الكفيل والأصيل؛ سواء ادعى الكفالة بأمره أو بغير أمره [١٧٤/ب].

ووجه هذا الفرق: أن الحاضر إنما ينتصب خصماً على الغائب إذا لم يمكن إثبات ما يدعي على الحاضر إلا بإثبات ما يدعى على الغائب، والكفالة إذا كانت بمعلوم.. أمكن القضاء عليه بدون القضاء على الأصيل؛ لأنه معلوم بذاته، وإذا كانت بمجهول.. لا تصح ما لم يكن على الأصيل؛ لأن المجهول يحتاج إلى التعريف، والتعريف إنما يحصل بما كان على الأصيل، فيصير كأنه قال: إن كان لك على فلان مال.. فأنا به كفيل، فأثبته المدعي.

(**وضمان الدرك**) بفتحتين، وبسكون الراء أيضاً لغة، على ما في «المصباح» أي: التبعة والاستحقاق للمبيع (**للمشتري عند البيع: تسليم**) أي: تصديق من الكفيل بأن المبيع ملك البائع.

(**يبطل**) من الإبطال (**دعوى الضامن**) أي: الكفيل المبيع (**بعد ذلك**) يعني: من باع داراً وكفل عنه رجل للمشتري بالدرك أي ردّ الثمن عند استحقاق المبيع.. فهو تصديق من الكفيل بأن الدار ملك البائع؛ فلو ادعى الدار بعد ذلك لنفسه على المشتري.. لا تسمع دعواه؛ لأن الكفالة؛ إما أن تكون شرطاً في البيع أو لا:

فإن كانت شرطاً: بأن باع بشرط الكفالة بالدرك وهو شرط ملائم للعقد، فتمام البيع إنما يكون بقبول الكفيل، فصار كأنه هو الموجب للعقد.. فالدعوى بعد ذلك منه سعي في نقض ما تم من جهته وهو باطل، ولهذا لو كان الكفيل شفيعاً.. بطلت شفاعته، وبطلان السعي في نقض ما تم من جهته من مسلمات هذا الفن، حتى لا يقبل الشك بالإقالة بأنها صحيحة إن كان طلبها سعياً في نقض ما تم من جهته؛ لأن المراد بالنقض ههنا: ما يكون بغير رضاء الخصم، والإقالة ليست كذلك، بل هي فسخ لا نقض، لكن يرد عليه ما ذكره في الحادي عشر من بيوع «الخلاصة»: رجل

وَكَذَا لَو كتبَ شَهَادَته، وَختمَ على صَكٍّ ....

اشترى عبداً وقبضه ونقد الثمن، ثم ادعى أن البائع باعه قبل ذلك من فلان الغائب بكذا.. قبلت بينته.

وكذا إن وهب جاريته من إنسان فاستولدها الموهوب له، ثم أقام الواهب بينة أنه كان دبرها أو استولدها.. قبلت بينته، ويرجع على الموهوب له بالجارية والعقر. انتهى.

وكذا يرد عليه ما ذكره في بيوع «قاضي خان»: لو ادعى المشتري أن المبيع حر.. تسمع دعواه، وما لو باع أرضاً ثم ادعى أنه كان وقفها، أو أنها وقف.. فبينته مقبولة، ودعواه مسموعة، مع أن فيها نقض ما تم من جهته.

والجواب: أن هذه المسائل مستثناة من هذه الضابطة على ما صرح به في «الخلاصة»؛ حيث قال: من سعى في نقض ما تم من جهته.. لم يعتبر إلا في موضعين، ثم ذكر المسألتين المذكورتين آنفاً [١٧٥/أ].

لكن حصر الاستثناء على المسألتين ليس على ما ينبغي، والاستثناء لا يضر كونها من المسلمات. تأمل.

وإن لم يكن شرطاً فيه.. يكون المراد بالكفالة أحكام البيع وترغيب المشتري؛ لاحتمال أن لا يرغب المشتري في شراء المبيع مخافة الاستحقاق فتكفل تسكيناً لقلبه، فصار كأنه قال: اشتر هذه الدار ولا تبال؛ فإنها ملك البائع؛ فإن أدركك.. فأنا ضامن، وذلك إقرار بملك البائع.. لا تصح دعواه بعد ذلك.

(وكذا) أي: تسليم (لو كتب شهادته وختم على صك)، وذلك على ما نقل عن شمس الأئمة الحلواني: بأن كتب اسمه في الصك وجعل اسمه تحت رصاص مكتوباً، ووضع عليه نقض خاتمه حتى لا يجري فيه التزوير والتبديل.

قيل: قوله: «وختم» وقع اتفاقاً باعتبار عرف كان في زمانهم ولم يبق في زماننا؛ فإن الحكم لا يتفاوت بين أن يكون فيه ختم أو لا.

كَتبَ فِيهِ: بَاعَ ملكهُ أَو بيعاً باتاً.

بِخِلَاف مَا لَو كتبهَا على إِقْرَارِ الْعَاقِدَين.

وَضمانُ الْوَكِيلِ بِالْبيعِ الثّمنَ للْمُوكلِ: بَاطِلٌ.

وَكَذَا ضَمَانُ الْمضَارِبِ الثّمنَ لربِّ المَالِ.

(كتب فيه) أي: في الصك: (باع ملكه أو بيعاً باتاً) يعني: لو كتب في الصك: باع فلان ملكه والشاهد يشهد بذلك.. فإنه تسليم؛ لأن الكتابة على هذا الوجه توجب صحة البيع ونفاذه؛ أما الأول: فظاهر، وأما الثاني: فلأن البيع لا يكون باتاً إلا في الملك.. فلا يصح دعوى الشاهد بعد ذلك.

(بخلاف ما لو كتبها) أي: الشهادة (على إقرار العاقدين) الملك؛ فإنه ليس بتسليم من الشاهد، وإن كان المكتوب في الصك ما يدل على الصحة والنفاذ.

وبخلاف ما إذا كتب في الصك: باع فلان أو جرى البيع بين فلان وفلان ويشهد فلان البيع؛ لأن الشهادة على هذا الوجه لا تكون شرطاً في البيع؛ لعدم الملائمة، ولا هي بإقرار بالملك؛ لأن البيع تارة يوجد من المالك، وأخرى من غيره؛ فالشهادة على أنه باع.. لا تكون إقراراً بأنه باع ملكه، وكذا الشهادة على إقرار المتعاقدين؛ فإن ادعى الشاهد بعد ذلك لنفسه.. تسمع دعواه، وتقبل شهادته لغيره أيضاً.

(وضمان الوكيل بالبيع الثمن للموكل) الجار متعلق بالضمان (باطل)؛ لاستلزامه كون الشخص ضامناً لنفسه.

(وكذا ضمان المضارب الثمن لرب المال) لما ذكرناه.

واعلم: أن كل من رجع إليه حقوق العقد.. لا يصح منه التزام مطالبة ما يجب بالعقد، وهو المراد بالضمان ههنا؛ لأن المطالبة ترجع إليه بلا التزام، ولو التزمها.. لزم أن يكون الشخص الواحد مطالِباً ومطالَباً في العقد الواحد، وذلك باطل؛ فمن وكل رجلاً ببيع ثوب ففعل وضمن له الثمن، أو باع المضارب من المتاع شيئاً

وَضَمانُ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ حصةَ شريكهِ مِن ثَمَنِ ما باعَهُ صَفْقَةً وَاحِدَةً.
وَصَحَّ لَو بصفقَتينِ.

وضمن لرب المال الثمن.. فالضمان باطل فيهما؛ لأن المطالبة في العقد إليهما لرجوع حقوق العقد إليهما [١٧٥/ب]، حتى لو حلف المشتري: ما للموكل عليه شيء.. يكون باراً في يمينه.

ولو حلف: ما للوكيل عليه شيء.. كان حانثاً؛ فلو ضمنا الثمن.. فقد التزما المطالبة، فيلزم أن يكون الشخص الواحد مطالِباً ومطالَباً في العقد الواحد، ولأن المال أمانة في أيديهما، ولو صح ضمانهما.. لزم أن يكون الأمين ضميناً، وذلك باطل، وصار كاشتراط الضمان على المودع والمستعير؛ فإنهما لو ضمنا الوديعة والعارية.. لا يصح ضمانهما لأنهما أجنبيان، ولو صح ضمانهما.. لزم انقلاب الأمين ضمنياً.

(و) كذا أي: يبطل (**ضمان أحد الشريكين حصة شريكه من ثمن ما باعه صفقة واحدة**)؛ لأنه إن كان ضامناً بحصته شائعاً.. لزم أن يكون ضامناً لنفسه، فيكون مطالِباً ومطالَباً، فيكون باطلاً على ما تقدم، وإن كان ضامناً بحصته مفرزاً.. لزم قسمة الدين قبل قبضه، وذلك باطل أيضاً؛ لأن القسمة إفراز، وذلك؛ إما أن يكون حساً أو بوصف متميز، وكلاهما فيما في الذمة من الدين غير متصور، ولأن ما يستحق بنصيب أحدهما من الثمن.. فللآخر أن يشاركه فيه إذا كان مالاً، ولهذا أن أحدهما لو اشترى بنصيبه منه شيئاً.. كان للآخر ولاية المشاركة، ولو صح الضمان.. فما يؤديه الضامن يكون بينه وبين المضمون له، فكان له أن يرجع بنصفه على الشريك؛ فإذا رجع.. بطل حكم الأداء في مقدار ما وقع عليه الرجوع، ويصير كأنه ما أدى إلا الباقي، فكان له أن يرجع بنصف الباقي، ثم وثم إلى ما لا يتجزأ، فيكون باطلاً.

(**وصح**) أي: الضمان (**لو** باعا (**بصفقتين**) بأن يسمي كل واحد منهما ثمناً لنفسه، ثم ضمن أحدهما الآخر بنصيبه.. فإنه صحيح لامتياز نصيب كل منهما عن نصيب الآخر؛ لأنها لا شركة ثمة لتفرق الصفقة.

وَضَمانُ الدَّرَكِ وَالْخَرَاجِ وَالْقِسْمَةِ: صَحِيحٌ.

ولهذا كان للمشتري أن يأخذ نصيب أحدهما ويرد الآخر.

بخلاف ما اتحد فيه الصفقة قال في «الدرر»: إذا كفل أحد الشريكين لصاحبه بنصيبه من الدين.. لم يجز؛ لأنه لو انصرف إلى نصيبه.. يكون قسمة الدين وهو باطل، ولو انصرف إلى الشائع يكون ضامناً لنفسه؛ فلو قضي بحكم الضمان.. له أن يسترد للأداء بعقد فاسد.

ولو أدى متبرعاً.. جاز؛ لأن التبرع لا يتم بالقبض، وبه يصير عيناً وتميَّز نصيب شريكه؛ لصيرورته عيناً بفعله.

ولو عليهما دين لآخر بأن اشتريا عبداً بألف وكفل كل عن الآخر.. جاز؛ لعدم المانع، ولم يرجع على شريكه إلا بما أدى زائداً على النصف. انتهى.

وفي «الفصولين»: لهما دين مشترك على آخر، فضمن أحدهما نصيب [١٧٦/أ] صاحبه.. لم يجز، فيرجع بما أدى.

بخلاف ما لو أداه.

فعلم من هنا: الفرق بين ما عليهما من الدين وبين ما لهما على آخر منه.

(وضمان الدرك) قد تقدم معناه، **(والخراج)** قيل: المراد به: الخراج الموظف، لا المقاسمة على ما تقدم أيضاً قبيل الكفالة بالمال، لكنه قال في «البحر»: إطلاقه ليشمل الخراج الموظف والمقاسمة، وخصصه بعضهم بالموظف، ونفى صحة الضمان بخراج المقاسمة؛ لأنه لا يمكن ديناً في الذمة. انتهى.

وإطلاق «الخلاصة» و«البزازية» يوافق ما قاله في «البحر» من الشمول؛ حيث قالا: لو كفل بالخراج.. يصح بالإجماع، ولا يبطلان بالموت؛ لأن الكفالة بالمال لا تبطل بالموت، بل يلزم المال من تركة الكفيل، كذا في «واقعات الناطقي»، ويجوز الرهن بالخراج دون الدرك على ما في «البحر».

(والقسمة صحيح).

وَكَذَا ضَمَانُ النوائبِ، ....

أما صحة ضمان الدرك: فلأن العرف جار فيه، فوجب العمل به؛ كذا في «العناية» قبيل باب كفالة الرجلين.

وأما ضمان الخراج: فلأنه دين صحيح تصح الكفالة بها، وهذا يقتضي التخصيص بالخراج الموظف.

وأما القسمة: فمعناها على ما ذكره الفقيه أبو جعفر الهندواني: أن أحد الشريكين إذا طلب القسمة من صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك، فضمن إنسان ليقوم مقامه في القسمة.. فإنه جاز؛ لأن القسمة واجبة عليه.

وقال بعضهم: معناها: إذا اقتسما ثم منع أحد الشريكين قسم صاحبه وضمنه إنسان، ولفظ المصنف يأباه؛ لأنه وقع فيه بالتاء، وعلى ما ذكره هذا.. يقتضي أن يكون بالضمير لا بالتاء.

وقال بعضهم: المراد بالقسمة هي النوائب بعينه، وكلام المصنف يأباه أيضاً؛ لأنه ذكر فيما بعد النوائب.

(وكذا) يصح (**ضمان النوائب**) جمع نائبة؛ بمعنى: نازلة يقال: نابه أمر: أصابه، على ما في «المصباح».

وقال في «المغرب»: نوائب المسلمين: ما ينوبهم من الحوائج؛ كإصلاح القناطير وسد البثوق. انتهى.

والفرق بين المعنيين: أن ما في «المصباح» ظاهر فيما يكون بحق، وما في «المغرب» ظاهر فيما يكون بغير حق، وكلاهما مراد ههنا على ما سيأتي مصرحاً.

وقال في «العناية»: أما النوائب.. فقد يراد بها ما يكون لحق، وقد يراد بها: ما ليس بحق.

والأول: ككري الأنهار المشتركة، وأجر حارس المحلة، وما وظف الإمام لتجهيز الجيش وفداء الأسارى؛ بأن احتاج إلى تجهيز الجيش لقتال المشركين أو إلى

فداء أسارى المسلمين ولم يكن في بيت المال مال، فوظف مالاً على الناس لذلك، والضمان فيه جائز بالاتفاق؛ لوجوب أدائه على كل مسلم أوجبه الإمام عليه؛ لوجوب طاعته فيما يجب [١٧٦/ب] النظر للمسلمين.

والثاني: كالجبايات في زماننا، وهي التي تأخذها الظلمة في زماننا ظلماً كالفتح؛ ففيه اختلاف المشايخ:

قال بعضهم: لا تصح الضمان بهما؛ لأن الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بما على الأصيل شرعاً، وليس عليه شيء شرعاً ههنا.

وقال بعضهم: تصح، واختاره فخر الإسلام.

وفي «الخلاصة»: وعلى قول عامة المشايخ: لا يصح ضمان الجباية.

وقال فخر الإسلام: وأما النوائب.. فهي ما يلحقه من جهة السلطان من حق أو باطل أو غير ذلك مما ينوبه.. صحت الكفالة بها؛ لأنها ديون في حكم توجه المطالبة بها، والعبرة في الكفالة: للمطالبة؛ لأنها شرعت لالتزامها، ولهذا قلنا: إن من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط والمعادلة.. كان مأجوراً، وإن كان أصله من جهة الذي يأخذ باطلاً، ولهذا قلنا: إن من قضى نائبة غيره.. يرجع به عليه من غير شرط الرجوع استحساناً؛ بمنزلة ثمن المبيع.

هذا، وفي «العناية» نقلاً عن شمس الأئمة: إن ما ذكره فخر الإسلام من صحة الرجوع من غير اشتراطه: إذا أمره به لا عن إكراه؛ أما إذا كان مكرهاً في الأمر.. فلا يعتبر أمره في الرجوع.

قلت: ويؤيد هذا ما ذكره في «الخلاصة» نقلاً عن «النوازل»: جماعة طمع الوالي أن يأخذ منهم شيئاً بغير حق، فاختفى بعضهم، وظفر الوالي ببعضهم، فقال المختفون للذين وجدهم الوالي: لا تطلعوه علينا، وما أصابكم فهو علينا بالحصص؛ فلو أخذ الوالي منهم شيئاً.. فلهم الرجوع. انتهى.

سَوَاءٌ كَانَت بِحَقٍّ ككَرْيِ النَّهرِ وَأُجْرَةِ الحارس، أَو بِغَيْر حقٍ كالجبايات.

وَضَمانُ الْعهْدَة بَاطِلٌ.

وَكَذَا ضَمَانُ الْخَلَاصِ، ....

فإنه ظاهر فيما ذكره عن شمس الأئمة.

وإلى ما ذكرنا من التفصيل في معنى النوائب أشار بقوله: (**سواء كانت بحق ككري النهر**) المشترك (**وأجرة الحارس**) أي: حافظ المحلة وغيرها مما ذكرناه وكفالة هذه النوائب جائزة بالاتفاق، على ما ذكرناه.

(**أو بغير حق؛ كالجبايات**)، واختلف في صحة الكفالة بها على ما تقدم آنفاً.

يقال: جبى الخراج: جمعه، والمراد بها ههنا: هي المال الذي يأخذه الظلمة في زماننا ظلماً، ومن هذا القبيل: ما وضعه الإمام في دور بعض البلاد من المقاطعات والمقابلات المعينة في كل سنة؛ إذ لا شيء في الدار المملوكة، ولو بذمي على ما تقدم في باب زكاة الخارج.

(**وضمان العهدة باطل**) هكذا ذكره في «الهداية»، ولم يذكر فيه خلافاً.

والوجه فيه: أن لفظة العهدة مشتركة بين المعاني؛ فإنها تقع على:

الصك القديم الذي هو عند البائع، وهو ملك البائع غير مضمون عليه.. فلا تصح الكفالة بها [١٧٧/أ].

وعلى: العقد أيضاً.

وعلى: حقوق العقد أيضاً.

وعلى: الدرك أيضاً.

وعلى: خيار الشرط أيضاً.. فتعذر العمل بها، فلم تصح الكفالة بها.

(**وكذا**) أي: باطل (**ضمان الخلاص**) عند أبي حنيفة، وهو عبارة عنده: عن تخليص المبيع وتسليمه على كل حال وتقدير، وهو التزام ما لا يقدر على الوفاء به؛

خلافاً لَهما.

وَلَو قَالَ الْكَفِيلُ: ضمنتُهُ إِلَى شهرٍ، وَقَالَ الطَّالِبُ: بل حَالاً.. فَالْقَوْلُ لِلْكَفِيل.

وَفِي الْإِقْرَار: لِلْمقَرِّ لَهُ.

لأنه إن ظهر مستحقاً.. فربما لا يساعده المستحق، أو حراً.. فلا يقدر مطلقاً، فيكون باطلاً.

(**خلافاً لهما**) قالا: إنه بمنزلة ضمان الدرك؛ تصحيحاً للضمان - وهو تسليم المبيع - إن قدر عليه، أو تسليم الثمن إن عجز عنه.

وأجيب عنه: بأن الأصل فراغ الذمة.. فلا تشتغل بالشك.

وقيل: هذا الخلاف جار في ضمان العهدة أيضاً.

(**ولو قال الكفيل**) للطالب: (**ضمنته إلى شهر، وقال الطالب: بل حالاً.. فالقول للكفيل**)؛ لأن الطالب يدعي المطالبة في الحال والكفيل ينكرها، وإنما يقر المطالبة بعد الشهر، فيكون القول له، ولأنه يدعي سلامة ذمته في الحال، فكان الظاهر شاهداً له.

(**وفي الإقرار للمقر له**) يعني: لو قال: لك علي مائة إلى شهر، فقال المقر له: لا، بل هي حالة.. فالقول المقر له عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف في رواية ابن رستم عنه: القول في الفصلين للمقر له.

وقال الشافعي: القول فيهما للمقر؛ لأن الدين نوعان: حال ومؤجل؛ فإذا أقر بالمؤجل.. فقد أقر بأحد النوعين؛ فالقول له اعتباراً بالكفالة.

قلنا: الاعتبار بالكفالة فاسد؛ لأن الأجل في الدين عارض، بخلاف الكفالة؛ فإن الأجل فيها ليس بعارض، بل فصل منوع له.

ولأبي يوسف: أنهما تصادقا على وجوب المال، ثم ادعى أحدهما الأجل على صاحبه.. فلا يصدق فيه إلا بحجة؛ اعتباراً بالإقرار بالدين.

والجواب عنه: فساد الاعتبار أيضاً على ما ذكرناه.

والحاصل: أن الشافعي اعتبر الإقرار بالدين بالإقرار بالكفالة، وأبا يوسف عكسه.. فالجواب عن أحدهما: عكس الجواب عن الآخر: فساد الاعتبار.

ووجه أبي حنيفة ومحمد: هو الفرق بينهما؛ لفساد اعتبار أحدهما بالآخر.

ووجه الفرق: أن المقر بالدين مدعياً حقاً لنفسه، وهو تأخير المطالبة إلى أجل، فكان ثمة إقرار على نفسه ودعوى على غيره، والأول مقبول، والثاني يحتاج إلى برهان؛ فإذا عجز عنه.. كان القول للمنكر، وهو المقر له، وفي الإقرار بالكفالة.. ما أقر بالدين؛ لأنه ليس عليه الدين، على الصحيح على ما تقدم، بل إنما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر، فاتضح الفرق بينهما.. فلا يصح اعتبار أحدهما بالآخر، كذا في «الهداية».

واعترض عليه [١٧٧/ب]: بأنا سلمنا أنه لم يقر بالدين، لكنه أقر بالمطالبة، فللخصم أن يقول: أقر بالمطالبة مدعياً حقاً لنفسه وهو تأخيرها إلى أجل، فكان ثمة إقرار على نفسه ودعوى على غيره إلى آخر ما ذكرتم.. فلا يتم الفرق، وعلى تقدير تمامه.. فهو معارض بأن يقال: الكفالة لما كانت التزام المطالبة.. وجب أن لا يثبت الأجل عند دعوى الكفيل إياه؛ لأنه إذا ثبت.. بطلت الكفالة، وفيه من التناقض ما لا يخفى.

وأجيب عنه: بأن ذلك الفرق إقناعي جدلي لدفع الخصم، لا تحقيقي.

والفرق التحقيقي: هو أن الأجل في الديون عارض؛ لأن ثمن البياعات والمهور وقيم المتلفات حالَّة؛ حتى لا يثبت الأجل فيها إلا بالشرط، وفي الكفالة ليس بعارض، بل هو ذاتي منوع لها؛ فإن الأجل يثبت فيها من غير اشتراط؛ كما إذا كان الدين مؤجلاً على الأصيل.. تثبت الكفالة مؤجلاً على الكفيل، فكان الأجل ذاتياً

وَلَا يُؤْخَذُ ضَامِنُ الدَّرَكِ إِنِ اسْتحقَّ الْمَبِيع، مَا لم يُقْضَ بِثمنِهِ على بَائِعِهِ.

لنفس الكفالة؛ كالناطق المنوّع للإنسان؛ فإذا كان الأجل عارضاً في الديون لا يثبت إلا بشرط.. كان القول قول من أنكره مع اليمين؛ كما في شرط الخيار.

وإذا كان ذاتياً في الكفالة.. كان إقراره إقراراً بنوع منهما، فلا يحكم بغيره، فكان القول قوله.

(**ولا يؤخذ**) على صيغة المجهول (**ضامن الدرك إن استحق المبيع ما لم يقض بثمنه**) أي: ما لم يقض القاضي برد الثمن للمشتري (**على بائعه**)؛ لأن احتمال إجازة المستحق البيع تمنع أن يؤخذ الكفيل بالثمن؛ لأن بمجرد قضاء القاضي بثبوت الاستحقاق لا ينتقض البيع في ظاهر الرواية، ما لم يقض له برد الثمن على البائع؛ فلو كان الثمن عبداً فأعتقه البائع بعد حكم القاضي بالاستحقاق.. نفذ إعتاقه؛ لعدم انتقاض البيع بعد.

وفي رواية عن أبي يوسف له أن يأخذ الكفيل قبل أن يقضي على البائع بالثمن؛ لتوجه الضمان عليه، ووجب للمشتري مطالبته.. فكذلك يجب على الكفيل.

* * *

(بَابُ كَفَالَةِ الرجلَيْنِ والعبدَينِ)

دينٌ عَلَيْهِمَا، كفلَ كلٌّ عَن صَاحِبِهِ، فَمَا أَدَّاهُ أَحدُهُمَا.. لَا يرجعُ بِهِ على الآخرِ، إِلّا إِذا زَادَ على النّصْفِ.

وَلَو كفلا بِمَالٍ عَن رجلٍ، وكفلَ كلٌّ مِنْهُمَا بِهِ عَن صَاحِبِهِ؛ ....

(بَابُ كَفَالَةِ الرَّجُلَيْنِ وَالعَبْدَيْنِ)

لما فرغ عن ذكر كفالة الواحد.. شرع في بيان كفالة الاثنين قال:

(**دين**) كان (**عليهما**) بأن اشتريا عبداً بألف.. فالثمن دين عليهما؛ فإن (**كفل**) بالثمن (**كل**) من المشتريين (**عن صاحبه**) للبائع (.. **فما أداه أحدهما لا يرجع به على الآخر، إلا إذا زاد على النصف**) فيرجع بالزيادة؛ لأن كل واحد من الشريكين في نصف الثمن أصيل، وفي النصف الآخر كفيل، وكل من كان كذلك.. يكون ما أداه إلى تمام النصف واقعاً عما عليه بحق الأصالة وهو الدين؛ صرفاً له إلى أقوى ما عليه؛ لأن ما عليه [١٧٨/أ] بحق الكفالة: مطالبة لا دين، ولا شك أن الدين أقوى من المطالبة، ولا تعارض بين الأقوى والأضعف.. فيصرف إلى الأقوى.

وفي الزيادة على النصف.. يقع عن الكفالة؛ لانتفاء المعارضة بانتفاء أحد المتعارضين؛ إذ لا دين عليه في الزيادة، بخلاف النصف؛ فإن انتفاء التعارض فيه لكون أحد المتعارضين راجحاً، لا لانتفاء أحدهما، ولأنه لو رجع في النصف على صاحبه.. لرجع صاحبه عليه أيضاً؛ لأن أداء نائبه كأدائه؛ فيلزم الدور المحال؛ لأن صاحبه يقول: إن أداك بحكم الكفالة عني بأمري كأدائي بنفسي؛ لأنك كفيلي بأمري؛ فإن رجعت علي بحكم الكفالة.. فأنا أرجع عليك أيضاً بما أؤدي؛ لأني كفيل عنك أيضاً، فأدى إلى الدور.

(**ولو كفلاً بمال عن رجل فكفل كل منهما به**) أي: بذلك المال كله (**عن صاحبه**) فكل من الكفالتين المجتمعتين على كل منهما: كفالة عن الأصيل وكفالة عن الكفيل بكل المال فيهما صحيح؛ لأن موجب الكفالة: التزام المطالبة، فتصح من

فَمَا أَدَّاهُ.. رَجَعَ بِنصفِهِ على شَرِيكِهِ، أَو بكلِّهِ على الْأَصِيلِ لَو بِأَمْرِهِ.
وَإِن أَبْرَأَ الطَّالِبُ أَحدَهُمَا.. فَلَهُ أَخذُ الآخرِ بكلِّهِ.

الكفيل كما تصح من الأصيل؛ كما تصح الحوالة عن المحتال عليه بما التزم على آخر.

وإذا صحت الكفالتان من كل منهما (.. **فما أداه**) كل منهما قليلاً كان أو كثيراً (**رجع بنصفه على شريكه**)؛ لأن ما أدى أحدهما وقع شائعاً عنهما؛ إذ الكل كفالة.. فلا ترجيح للبعض على البعض، بخلاف ما تقدم؛ لأن الأصالة في النصف ثمة راجحة بعد صورة التعارض بينهما وبين الكفالة على ما ذكرناه.

وإذا وقع شائعاً.. رجع على صاحبه بنصفه، ولا يؤدي إلى الدور؛ لأن قضية الاستواء قد حصل برجوع أحدهما بنصف ما أدى، وليس لصاحبه أن ينقض الاستواء بالرجوع عليه مراعاة لما اقتضاه العقد؛ إذ الاستواء في السبب يوجب الاستواء في الحكم وهو الغرم.

بخلاف ما تقدم؛ لأن كل واحد لم يلتزم جميع المال بحكم الكفالة، بل التزم نصفه لنفسه أصالة ونصفه الآخر عن شريكه كفالة عنه، فلكل منهما جهة ترجيح ابتداء.. فلا يضره الرجوع، فيؤدي إلى الدور.

ثم إذا رجع بنصفه على شريكه.. فيرجعان معاً على الأصيل؛ لأنهما أديا عنه دينه بأمره. (**أو بكله على الأصيل لو**) كفل (**بأمره**)؛ لأنه لما كفل عن كل منهما بأمره بجميع المال.. فله أن يرجع بما أدى بأي شاء.

ولو كان أحدهما كفيلاً عن الكفيل فقط.. لم يكن رجوع على الأصيل؛ لعدم الموجب.

(**وإن أبرأ الطالب أحدهما.. فله أخذ الآخر بكله**)؛ لأن إبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصيل، فبقي المال كله على الأصيل، والآخر كفيل بكله فيأخذه.

وَلَو فُسِخَتِ الْمُفَاوضَةُ.. فلربِّ الدّينِ أَخذُ من شَاءَ من شريكيها بِكُل دينِهِ.

وَمَا أَدَّاهُ أَحدهُمَا.. لَا يرجع بِهِ على الآخرِ، مَا لم يزدْ بِهِ على النّصْفِ.

وَإِذا كُوتِبَ العبدانِ بِعقدٍ وَاحِدٍ، وكفلَ كلٌّ عَن صَاحِبِهِ.. صَحَّ ....

(ولو فسخت) شركة (المفاوضة.. فلرب الدين أخذ ما شاء من [١٧٨/ب] شريكيها بكل دينه)؛ لأن كل واحد من شريكي المفاوضة كفيل عن الآخر بما كان من ضمان التجارة على ما عرف في بابه؛ فللغريم أن يطالب أيهما شاء بجميع الدين.

(وما أداه أحدهما.. لا يرجع به على الآخر ما لم يزد به على النصف)؛ لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين.

قيد الشركة بالمفاوضة؛ لأن شريك العنان لا يؤاخذ عن شريكه؛ لأنها لا تتضمن الكفالة، بل إنما تتضمن الوكالة، ولذا قال في شركة «الخلاصة»: لو اشترى أحد شريكي العنان.. يطالب المشتري فقط.

وفي المفاوضة: يطالب كل منهما.

ثم قال: ولو أقر أحد شريكي العنان بدين.. لم يجز على صاحبه.

ثم قال نقلاً عن «الكافي»: إذا أقر أحدهما بدين من تجارتهما وأنكر الآخر.. لزم المقر جميع المال إن كان هو الذي تولاه.

وإن أقر أنهما تولياه.. لزمه نصفه، ولا يلزم المنكر شيء.

وإن أقر أنه تولاه.. لم يلزمه شيء.

(إذا كوتب العبدان بعقد واحد) بأن قال المولى: كاتبتكما بألف إلى كذا (وكفل كل) من العبدين (عن صاحبه.. صح) ذلك استحساناً.

والقياس: عدمه؛ لأنه شرط فيه كفالة المكاتب، والكفالة ببدل الكتابة، وكل منهما على الانفراد باطل؛ فعند الاجتماع: أولى أن يكون باطلا.

وَرجع كلٌّ على الآخرِ بِنصْفِ مَا أَدّى.

وَإِن أَعتَقَ السَّيِّدُ أَحدَهُمَا قبلَ الْأَدَاءِ.. صَحَّ، وَله أَن يَأْخُذَ حِصَّةَ الآخرِ مِنْهُ أَصَالَةً، ....

أما الأولى: فلأن الكفالة تبرع، والمكاتب لا يملكه.

وأما الثاني: فلما مر من أن الكفالة تقتضي ديناً صحيحاً، وبدل الكتابة ليس كذلك.

ووجه الاستحسان: أن يجعل كل واحد منهما أصيلاً في حق وجوب كل الألف عليه، ويكون عتقهما معلقاً بأداء واحد منهما؛ كأنه قال: لكل واحد منهما: إن أديت الألف.. فأنت حر، وهذا وأن يجعل كل واحد منهما كفيلاً بكل الألف عن صاحبه.. فاستويا في الوجوب عليهما؛ لاستوائهما في العلة - أعني الكتابة - فكان كل البدل مضموناً على كل واحد منهما، ولهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يؤد جميع البدل.

وإذا صح ذلك (.. **رجع كل على الآخر بنصف ما أدى**) للاستواء.

ولو رجع بالكل أو لم يرجع بشيء.. انتفى المساواة، وهو مقتضى العقد على ما تقدم.

(**وإن أعتق السيد أحدهما قبل الأداء.. صح**) العتق لمصادفته ملكه، وبرئ المعتق عن النصف؛ لأنه ما رضي بالمال إلا ليكون وسيلة إلى العتق، وقد حصل المقصود، ولم يبق المال وسيلة، فيسقط النصف.

(**وله**) أي: المولى (**أن يأخذ حصة الآخر منه**) أي: من الآخر (**أصالة**)؛ لبقائها في ذمته بعد سقوط حصة المعتَق؛ لأن المال في الحقيقة مقابل رقبتهما ومنقسم عليهما، وإنما جعل على كل واحد منهما لضرورة تصحيح الكفالة، فلا تتعدى غير موضعها [١٧٩/أ]، وإذا أعتق أحدهما.. استغنى عنها، وانتفى الضرورة، فاعتبر مقابلاً برقبتهما، وأحد المقابلين لا يسقط لسقوط الآخر، فللمولى أن يأخذه بما في ذمته.

أَو من الْمُعْتَقِ كَفَالَةً، وَيرجِعُ الْمُعْتَقُ فَقَط بِمَا أَدّى على صَاحبه.

وَلَو كَانَ على عبدٍ مَالٌ لَا يجبُ عَلَيْهِ إِلّا بعدَ عتقِهِ، فكفلَ بِهِ رجلٌ كَفَالَةً مُطلقَةً.. لزمَ الْكَفِيلَ حَالاً،

(أو من المعتق كفالة)؛ عملاً بمقتضى العقد؛ لأن كفالته عن الآخر باقية، بخلاف العكس.

(ويرجع المعتَق) إن أخذه السيد (فقط) أي: لا يرجع صاحبه إن أخذه السيد؛ لأنه أدّى عن نفسه أصالة (بما أدى على صاحبه)؛ لأنه أداه عنه بأمره.

(ولو كان على عبد مال لا يجب عليه) صفة مال (إلا بعد عتقه) يعني: الديون التي لم تظهر في حق المولى؛ كما إذا أقر مالاً استهلكه وكذبه المولى، أو أقرضه إنسان أو باعه أو أودعه فاستهلكه وهو محجور عليه، أو وطئ امرأة بشبهة بغير إذن المولى.. فإنه لا يؤخذ بجميع هذه الديون في الحال، بل إنما يؤخذ بعد العتق؛ لعدم ظهورها في حق المولى.

(فكفل به) أي بهذا العبد (رجل كفالة مطلقة) أي: من غير أن يسمى حالّاً، ولا غير حال.

(.. لزم) المال المكفول به (الكفيل حالّاً).

أما لزوم المال: فلأنه كفل بمال مضمون على الأصيل مقدور التسليم للكفيل، فيصح كما في سائر الديون؛ سواء كانت في ذمة الملي أو المفلس.

وأما كونها حالّاً: فلأن المال على العبد المكفول عنه حال لوجود السبب وقبول الذمة، لكن لا يطالب؛ لوجود المانع عن المطالبة وهو العسرة؛ إذ جميع ما في يده ملك المولى، ولم يرض بتعلق الدين بملكه، وهو المانع غير متحقق في حق الكفيل؛ لأنه غير معسر، فيجب العمل بالمقتضي؛ لعدم المانع، فصار كالكفالة عن غائب.. تصح ويؤخذ به الكفيل حالاً، وإن عجز الطالب عن مطالبة الأصيل.

وَإِذا أَدّى.. لَا يرجعُ على العَبْدِ إِلّا بعدَ عتقِهِ.

وَلَو ادّعى رَقَبَةَ عبدٍ، فكفلَ بِهِ رجلٌ، فَمَاتَ العَبْد، فبرهنَ الْمُدَّعِي أَنَّه لَهُ.. ضَمِنَ الْكَفِيلُ قِيمَتَهُ.

وَلَو كفلَ سيِّدٌ عَن عَبدِهِ بِأَمْرِهِ ....

وكالكفالة عن مفلس.. فإنها تصح ويؤخذ الكفيل به في الحال، وإن كان في حق الأصيل متأخر إلى الميسرة.

فإن قيل: إذا لم يؤخذ من العبد إلا بعد العتق.. فلم يجعل هذا بمنزلة دين مؤجل حتى لا يؤخذ الكفيل أيضاً إلا بعد الأجل؟

أجيب: بأن الدين المؤجل إنما تأخر عن الأصيل بأمر يوجب التأخير وهو التأجيل لا بمانع يمنع عن المطالبة بعد وجوبه حالاً، وقد التزمه الكفيل، فلزمه مؤجلاً.

(**وإذا أدى**) الكفيل (**.. لا يرجع على العبد إلا بعد عتقه**)؛ لأن الطالب يرجع كذلك، فكذا الكفيل؛ لقيامه مقامه.

(**ولو ادعى رقبة عبد**) في يد إنسان (**فكفل به رجل فمات العبد فبرهن المدعي أنه**) أي: العبد (**له.. ضمن الكفيل قيمته**)؛ لأن على المولى رد الرقبة على وجه تخلفها القيمة عند العجز عن ردها، وإذا وجب ضمان القيمة على الأصيل.. وجب على الكفيل [١٧٩/ب] أيضاً؛ لأنه التزم المطالبة بما على الأصيل، وقد انتقل الضمان في حقّ الأصيل إلى القيمة.. فكذا في حق الكفيل.

واحترز بقوله: «فبرهن المدعي» عما إذا ثبت له بإقرار ذي اليد أو بنكوله عن اليمين؛ حيث يقضى بقيمة العبد الميت على المدعى عليه، ولا يلزم الكفيل؛ لأن الإقرار حجة قاصرة لا تظهر في حق الكفيل، إلا إذا أقر الكفيل بما أقر به الأصيل.

(**ولو كفل سيد عن عبده بأمره**) أي: بأمر العبد، هكذا قيده في «الكافي»، وقد تركه في «الهداية» ولا بد منه ههنا؛ كما في المسألة الآتية وإن تركه المصنف ثمة اعتماداً على ما ذكره في هذه المسألة، وهذه الكفالة صحيحة؛ سواء كانت بالنفس أو

أَو عبدٌ غيرُ مديونٍ عَن سَيّدِهِ فَعتَقَ؛ فإنْ أَدّى. لَا يرجعُ على الآخرِ.

بما عليه من المال؛ مديوناً مستغرقاً كان العبد أو غير مستغرق؛ لوجود المقتضي، ويترتب عليها فائدتها: وهو وجوب مطالبته بإيفاء الدين من سائر أمواله.

(أو) كفل (عبد غير مديون) مستغرق؛ لأن كفالة العبد المديون المستغرق غير صحيحة بحق الغرماء، وإن كان بإذن المولى (عن سيده) أي: بأمره، ولا بد من هذا القيد هنا كما قيده في «الهداية»، وقد تركه المصنف اعتماداً على ما سبق في المسألة الأولى، وهذه الكفالة صحيحة؛ لأن ماليته لسيده.. فله أن يجعله مشغولاً بالمطالبة؛ كما له أن يجعله مشغولاً بالدين بالرهن أو بالإقرار عليه، بخلاف ما إذا لم يأمره سيده بالكفالة فكفل عن سيده.. فإنها غير صحيحة.

(فعتق) العبد؛ (فإن أدى) بعد العتق (.. لا يرجع) بما أدى (على الآخر) يعني: لو أدى السيد عن عبده بعد عتقه، أو العبد عن مولاه بعد عتقه.. لم يرجع أحدهما على الآخر.

خلافاً لزفر؛ حيث قال: يرجع؛ لوجود المقتضي وهو الكفالة بالأمر، والمانع هو الرق قد زال.

قلنا: هذه الكفالة انعقدت غير موجبة للرجوع؛ لأن العبد إذا لم يكن عليه دين مستغرق.. لا يستوجب على مولاه ديناً، وكذا المولى لا يستوجب على عبده ديناً بحال، وكل كفالة كذلك.. لا تنقلب موجبة أبداً؛ كمن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجازه؛ فإن الكفيل بعد الأداء لا يرجع على الأصيل لذلك.

وأما إذا كان على العبد دين مستغرق.. فيستوجب على مولاه ديناً؛ كما إذا باع العبد المأذون المديون من مولاه شيئاً، فسلم إليه المبيع قبل قبض الثمن؛ حيث لا يسقط الثمن عن مولاه.

وكذا لو استهلك المولى شيئاً من إكساب عبده المديون المستغرق المأذون.. ضمن للعبد على ما في كتاب المأذون.

* * *

(كتاب الحوالة)

(كتابُ الْحوَالَةِ)

هِيَ نقلُ الدّينِ من ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ.

وَتَصِحُّ فِي الدَّينِ لَا فِي الْعَينِ، ....

(كِتَابُ الحَوَالَة)

(**هي**) في اللغة: النقل مطلقاً.

وفي الشرع: (**نقل الدين من ذمة**) الأصيل [١٨٠/أ] (**إلى ذمة**) المحتال عليه.

لا بد ههنا من معرفة أربعة أشياء:

المحيل: وهو الذي عليه الدين، وهو المراد بالأصيل.

والمحتال عليه: وهو الذي قبل الحوالة.

والمحتال به: وهو المال.

والمحتال له: وهو الدائن.

(**وتصح**) أي: الحوالة؛ لما في «سنن أبي داود» عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «مطل الغني ظلم، وإذا أُتبع أحدكم على مليء.. فليتبع»، وقال الترمذي: حسن صحيح.

ومعناه: إذا أحيل أحدكم على مليء.. فليحتل، أمر بالإتباع، والإتباع بسبب ليس بمشروع لا يكون مأموراً به من الشارع فدل على جوازها؛ لأنه قادر على إيفاء ما التزمه، وذلك يوجب الجواز أيضاً كما في الكفالة.

(**في الدين لا في العين**)؛ لأنها عبارة عن تحويل شرعي على ما دل عليه معناه لغة وشرعاً، والتحويل الشرعي لا يتصور إلا في محول شرعي، وهو الدين؛ لأنه وصف شرعي في الذمة، فجاز أن يعتبره الشرع في ذمة شخص آخر بالتزامه.

وأما العين إذا كان في محل محسوس.. فلا يمكن أن يعتبره في محل آخر ليس هو فيه؛ لأن الحس يكذبه، فلا يتحقق فيه إلا النقل الحسي لا الشرعي وهو المقصود.

برضا الْمُحْتَالِ والمحتالِ عَلَيْهِ.

وَقيلَ: لَا بُدَّ من رِضا الْمُحِيلِ أَيْضاً.

فإن قيل: إن الدين وصف ثابت في الذمة، وهو عرض لا يقبل النقل؛ لأن الأعراض غير باقية، وإنما تتجدد بأمثالها.

قلنا: نعم، إلا أن الأعراض لها حكم الجواهر في الشرع؛ لأن الشرع يحكم ببقائها بعد المباشرة.

(**برضا المحتال**)؛ لأن الدين حقه، وهو يبطل بالحوالة، والذمم متفاوتة، فلا بد من رضاه.

(و) برضا (**المحتال عليه**)؛ سواء كان عليه دين للمحيل أو لا.

وقال الشافعي ومالك: إن كان للمحيل دين على المحتال عليه.. لا يشترط رضاه؛ لأنه محل التصرف، فلا يشترط رضاه؛ كما لو باع عبده؛ فإنه لا يشترط رضاه.

وأما إذا لم يكن للمحيل دين عليه.. فيشترط رضاه بالإجماع.

قلنا: إنه التزام الدائن، ولا لزوم بدون الالتزام.

(**وقيل: لا بد من رضا المحيل أيضاً**)، واختاره القدوري، ولم يشترط في «**الزيادات**».

وجه الأول: أن ذوي المروءات قد يتأنفون بتحميل ما عليهم من الدين على غيرهم، فلا بد من رضاهم.

ووجه الثاني: أن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه، والمحيل لا يتضرر به، بل فيه منفعة.. فلا يشترط رضاه، كذا قيل.

وقيل: إن الحوالة قد يكون ابتداؤها من المحيل، وقد تكون من المحتال عليه، والأول إحالة، وهي فعل اختياري لا يتصور بدون الإرادة والرضاء، والثاني احتيال يتم بدون رضا المحيل، وهو وجه رواية «الزيادات» [١٨٠/ب].

وَإِذا تمَّتْ.. برئَ الْمُحِيلُ ....

(وإذا تمت) الحوالة بركنها وشرطها.

ومن شروطه أيضاً: كون المال المحال به معلوماً، حتى لو كان مجهولاً.. لا تصح الحوالة؛ لما ذكره في «البزازية»: احتال مالاً مجهولاً على نفسه بأن قال: احتلته بما يذوب لك على فلان.. لا تصح الحوالة مع جهالة المال، ولا تصح كفالته أيضاً بهذا اللفظ، وهكذا ذكره في «القنية» أيضاً.

ومن شروطه أيضاً: كون المال مما يقدر المحتال عليه على الوفاء به؛ لما في «الخلاصة»: ومن صور فساد الحوالة: ما إذا كانت الحوالة بشرط أن يعطي المحتال عليه مال الحوالة من ثمن دار المحيل، أو من ثمن عبده.. كانت الحوالة فاسدة؛ لأن هذه حوالة بما لا يقدر على الوفاء بها، وهو بيع الدار والعبد.

(.. برئ المحيل) أي: من الدين والمطالبة جميعها؛ لأنها تصرف في تحويل الدين عن ذمة إلى ذمة، على ما دل عليه اشتقاقه.. فيجب تحويله؛ لأن الأحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية.

وقيل: إنما برئ عن المطالبة فقط، لا الدين.

قالوا: والصحيح: هو الأول لما ذكرناه، ولما قال محمد: إن المحتال إذا وهب الدين من المحيل أو أبرأه من الدين بعد الحوالة.. لا يصح هبته وإبراؤه على ما ذكر في «قاضي خان».

ولو بقي الدين في ذمته.. وجب أن يصح.

وقد يستدل على الثاني بما ذكره محمد أيضاً: أن المحتال إذا أبرأ المحال عليه.. صح، ولا يرتد بالرد كإبراء الكفيل، ولو انتقل أصل الدين إلى المحتال عليه.. لوجب أن يرتد برده؛ كما لو أبرأ المحيل قبل الحوالة والأصيل في الكفالة؛ فإن الإبراء حينئذ تمليك الدين، ممن عليه الدين، والتمليك يرتد بالرد.

وقيل: الأول: قول أبو يوسف، والثاني: قول محمد.

بِالْقَبُولِ، ....

وتظهر الفائدة في الراهن إذا أحال المرتهن بالدين، هل يسترد الدين؟

فعند أبي يوسف: يسترد؛ كما لو أبرأه عن الدين.

وعند محمد: لا يسترد؛ كما لو أجل الدين بعد الرهن.

وقال زفر: لا يبرأ؛ كما في الكفالة بجامع كونهما عقد توثق.

قلنا: إن العقد في كل منهما غير مضاف إلى ما ذكرتم من الجامع، بل الفارق:

هو النقل: في الحوالة؛ لأنها تنبئ عنه بحسب اللغة على ما تقدم؛ فإذا حصل نقل الدين عن ذمة.. لا يبقى فيها.

والضم: في الكفالة؛ لأنها مشتقة من الكفل، وهو ضم الشيء إلى الشيء، والضم لا يقتضي فراغ المضموم إليه، بل يقتضي بقاءه، والأصل: موافقة الأحكام الشرعية للمعاني اللغوية في كل موضع.

فإن قيل: لو صح هذا.. لزم أن لا يجبر المحتال بالقبول حين نقده المحيل؛ لأنه صار أجنبياً بانتقال الدين من ذمته، ولا جبر بالقبول من الأجنبي [١٨١/أ]؛ لكونه متبرعاً.

قلنا: إن المحل متبرع في النقد، وإنما يكون متبرعاً أن لو لم يحتمل عود المطالبة إليه بالتوى، لكنه يحتمل.. فلا يكون متبرعاً.

(بالقبول) هكذا وقع في «الهداية»؛ حيث قال: وإذا تمت الحوالة.. برئ المحل من الدين بالقبول.

والذي ظهر منه ومن كلام المصنف: أن قوله: «بالقبول» متعلق بقوله: «برئ»، وليس كذلك، بل هو متعلق بـ«تمت» على ما صرح به في «العناية»؛ حيث قال: قوله: «بالقبول» يتعلق بقوله: «تمت الحوالة»، والمراد به: رضاء مَن رضاه شرط فيها. انتهى.

فَلَا يَأْخُذُ الْمُحْتَالُ من تركتِهِ، لَكِنْ يَأْخُذ كَفِيلاً مَن الْوَرَثَةِ أَو الْغُرَمَاءِ مَخَافَةَ التَّوى، ....

ويدل عليه أيضاً: لفظ القدوري في «مختصره»؛ حيث قال: إن الحوالة إذا تمت بقبول المحتال له والمحتال عليه.. برئ المحيل أيضاً. انتهى.

فظهر منه: أن صحة الحوالة تعتمد على قبول المحتال له والمحتال عليه.

وهل يشترط حضرتهما؟

ففي «قاضي خان» و«الخلاصة»: ولا تصح الحوالة في غيبة المحتال له في قول أبي حنيفة ومحمد؛ كما في الكفالة، إلا أن يقبل رجل الحوالة للغائب، ولا يشترط حضرة المحتال عليه لصحة الحوالة، حتى لو أحاله على رجل غائب، ثم علم الغائب فقبل.. صحت الحوالة.

وكذا لا يشترط حضرة المحيل، حتى لو قال رجل لصاحب الدين: لك على فلان ابن فلان ألف درهم فاحتل بها علي فرضي الطالب بذلك وأجاز.. صحت الحوالة، حتى لا يكون له أن يرجع بعد ذلك. انتهى.

(فلا يأخذ المحتال) - تفريع على براءة ذمة المحيل - **(من تركته)** أي: تركة المحيل، **(لكن يأخذ كفيلاً من الورثة أو الغرماء؛ مخافة التوى)** كذا في «الاختيار»، وإذا تحقق التوى.. يرجع على الكفيل أو على تركة المحيل.

وقال في «البزازية»: مات المحيل بعد الحوالة قبل استيفاء المحتال المال من المحتال عليه، وعلى المحيل ديون كثيرة.. فالمحتال مع سائر الغرماء على السواء، ولا يترجح المحتال بالحوالة.

وكذا لو قيده بدينه الذي على المحتال عليه.

ولو مات قبل الاستيفاء.. يتساوى المحتال مع سائر الغرماء.

وَلَا يرجِعُ عَلَيْهِ إِلّا إذا تَوِيَ حَقُّهُ، ....

بخلاف ما إذا أحال المديون طالبه على مديونه أن يؤديه من دينه الذي عليه، فلم يؤد المحتال عليه حتى مرض المحيل، فأداه في مرضه ومات المحيل عن ديون كثيرة ولا مال له سواه.. سلم المدفوع للمحتال، ولا حق للغرماء في ذلك. انتهى.

(ولا يرجع) عطف على: «لا يأخذ».

(عليه) أي: على المحيل المحتال، **(إلا إذا نوى حقه)**.

الظاهر: أنه استثناء من قوله: «ولا يرجع».

وقال الشافعي: لا يرجع وإن نوى؛ لأن براءة المحيل حصلت مطلقة عن شرط الرجوع على المحيل عند التوى، فلا يعود إلا بسبب جديد؛ كما في الإبراء.

قلنا: إن أردت أنها حصلت [١٨١/ب] مطلقة لفظاً ومعنى أو معنى.. فممنوع.

وإن أردت أنها مطلقة لفظاً.. فمسلم، لكنه لا يفيد؛ لجواز أن تكون مقيدة بدلالة الحال أو العرف أو العادة.. فنقول: إنها حصلت مقيدة سلامة حقه له؛ بدلالة الحال وإن كانت مطلقة لفظاً؛ إذ المقصود من شرع الحوالة: التوصل إلى استيفاء الحق من المحل الثاني؛ كالمشروط في العقد الأول؛ لكونها هو المطلوب؛ فإذا فات الشرط.. عاد الحق إلى المحل الأول، فصار وصف السلامة في حق المحتال به كوصف السلامة في المبيع؛ بأن اشترى شيئاً فهلك قبل القبض.. فإنه ينفسخ العقد ويعود حقه في الثمن وإن لم يشترط ذلك لفظاً؛ لما أن وصف سلامة المبيع حق مستحق للمشتري.

واعلم: أنهم اختلفوا في أن الرجوع على المحيل بالتوى هل هو بطريق انفساخ الحوالة بالتوى أو بطريق الفسخ؟

قيل: بالأول.

وقيل: بالثاني.

وَهُوَ: بِمَوْتِ الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ مُفلساً، ....

ثم حصر الرجوع عليه على صورة التوى إذا لم يشترط الخيار في الحوالة للمحتال له.

أما إذا جعل المحتال له الخيار.. فله الرجوع على المحيل متى شاء؛ نوى أو لم ينو؛ لما صرح به في «البزازية»؛ حيث قال فيها: لو احتال على رجل على أن المحتال بالخيار.. فهو جائز، وكذا إن أحاله على أنه متى شاء رجع على المحيل.. جاز، ويرجع على أيهما شاء. انتهى.

وقال في «قاضي خان»: رجل له على رجل مال، فقال الطالب للمديون: أحلني بمالي عليك على فلان، على أنك ضامن لذلك، ففعل.. فهو جائز، وله أن يأخذ بالمال أيهما شاء؛ لأنه لما شرط الضمان على المحيل.. فقد جعل الحوالة كفالة؛ لأن الحوالة بشرط عدم براءة المحيل: كفالة. انتهى.

(وهو) أي: التوى (**بموت المحال عليه مفلساً**) بأن صار إلى حال ليس له فلوس بأن لم يترك مالاً عيناً ولا ديناً ولا كفيلاً.

وإذا ترك كفيلاً بأمره أو بغير أمره.. لا يعود الدين إلى ذمة المحيل، قال في «البزازية»: المحتال أخذ الكفيل من المحتال عليه بالمال، ثم مات المحتال عليه مفلساً.. لا يعود الدين إلى ذمة المحيل؛ سواء أكفل بأمره أو بغير أمره، والكفالة حالة أو مؤجلة، أو كفل حالاً ثم أجله المكفول له.

وإن لم يكن به كفيل، ولكن تبرع رجل ورهن به رهناً، ثم مات المحتال عليه مفلساً.. عاد الدين إلى ذمة المحيل.

فلو كان مفلساً على البيع، فباعه ولم يقبض الثمن حتى مات المحتال عليه مفلساً.. بطلت الحوالة، والثمن لصاحب الرهن. انتهى.

ففرق بين الكفيل والرهن تبرعاً.

أَو إِنْكَارِه الْحوَالَةَ وحلفِهِ وَلَا بَيِّنَةَ عَلَيْهَا.

وظهر منه: أنه لو رهن إنسان بأمر المحيل، ثم مات المحتال عليه مفلساً [١٨٢/أ].. لا يعود الدين إلى ذمة المحيل كما في الكفيل.

وإذا أبرأ الكفيل.. فهل يعود الدين إلى ذمة المحيل؟

ففي «البزازية»: وإن مات المحتال عليه بلا تركة، ولكن كان له كفيل بالمال، ثم أبرأ صاحب المال الكفيل عنه.. يرجع على الأصيل. انتهى.

فظهر منه: أن الدين يعود إلى ذمة المحيل بعد إبراء الكفيل.

وفي «البزازية» أيضاً: قال الطالب: مات المحتال عليه مفلساً بلا تركة، وقال المحيل: مات عن تركة.. فالقول للطالب مع حلفه.

ثم قال بعد أسطر: قال المحيل: مات المحتال عليه بعد أداء الدين إليك، وقال المحتال: لا، بل قبله وتوى حقي، فلي الرجوع عليك.. فالقول للمحتال؛ لأنه متمسك بالأصل. انتهى.

ومراده بالأصيل: هو العسرة.

فإن قيل: إنه منقوض بما لو أوصى رجل لفقراء بني فلان وجاء واحد من بني فلان، وقال: أنا فقير، وقالت الورثة: إنه غني.. فالقول للورثة، وإن كان الأصل هو العسرة.

قلنا: إن ذلك الفقير مدّعٍ لنفسه، وليس بدافع شيئاً عن نفسه.. فلا يعمل بمجرد قوله في مقام الدعوى، بخلاف مسألتنا؛ فإن الطالب هنا منكر معنى؛ لأن المحيل بدعواه: أن المحتال عليه مات عن وفاء.. يدّعي توجه المطالبة على الورثة، والطالب ينكره، وفي مثله يكون القول قول المتمسك بالأصل؛ لأنه انضم إليه الإنكار.

(**أو إنكاره**) مجرور معطوف على «الموت» أي: إنكار المحتال عليه (**الحوالة وحلفه**) عن التحليف على إنكاره (**ولا بينة**) للمحيل، ولا للمحتال له (**عليها**) أي: على المحتال عليه على ما في «العناية».

وَعِنْدَهُمَا: بتفليس القَاضِي إِيَّاهُ أَيْضاً.

وَتَصِحُّ بِالدَّرَاهِمِ المودَعةِ، ....

ويجوز إرجاعه إلى الحوالة، وهذا؛ لأن العجز عن الوصول إلى الحق في الحقيقة يتحقق لكل واحد من هذين الأمرين.

أما في الأول: فلأنه لم يبق بالموت ذمة يتعلق بها الحق.

وأما في الثاني: فلأن المحتال حينئذ لا يقدر على مطالبته، فيضيع حقه؛ فإذا توى.. ثبت للمحتال حق الرجوع عليه؛ لأن براءته كانت براءة استيفاء لا براءة إسقاط، فلما تعذر الاستيفاء.. وجب الرجوع هذا عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: بتفليس القاضي إياه أيضاً**) أي: كما يكون التوى بأحد الأمرين المذكورين.. كذلك يكون بتفليس القاضي، وذلك بأن يحكم القاضي بإفلاسه بالشهود حال حياته، وهذا الاختلاف بناء على أن الإفلاس بتفليس القاضي عنده: لا يتحقق، خلافاً لهما؛ لحصول العجز عن الوصول إلى المقصود ههنا.

ولأبي حنيفة: أن هذا العجز يتوهم ارتفاعه بحدوث المال.. فلا يعتبر.

(**وتصح** [١٨٢/ب]) أي: الحوالة (**بالدراهم المودعة**) لمَّا ذكر تعريف الحوالة وشرطها وحكمها.. شرع في بيان نوعها، وهي على نوعين: مقيدة، ومطلقة.

فالمقيدة: على نوعين:

أحدهما: أن يقيد المحيل الحوالة بالعين الذي له في يد المحتال عليه بالوديعة أو الغصب.

والثاني: أن يقيدها بالدين الذي له على المحتال عليه، وإنما جاز هذا النوع بقسميها؛ لأن المحال عليه أقدر على القضاء بها؛ لأن الأداء منها يتحقق من عين حق المحيل، وهو لا يصعب عليه، ولعدم احتياجه إلى الكسب للأداء؛ لأن العين حاصلة عنده.

وسيأتي بيان النوع الثاني.

وَيبرأ الْمُحْتَالُ عَلَيْهِ بهلاكها، وبالمغصوبة، وَلَا يبرأُ بهلاكها.

(ويبرأ المحتال عليه بهلاكها)؛ لأن الحوالة مقيدة بها؛ لأنه ما التزم الأداء إلا منها، حتى لو كانت الحوالة مقيدة بالعين الذي في يد المحتال عليه بالوديعة أو بالدين الذي على المحتال عليه، ثم استحقت العين وظهر بطلان الدين بالاستحقاق.. برأ للمحال عليه، حتى لو كان أدى العين المحتال به أو الدين المحتال به إلى المحتال.. يسترد منه.

بخلاف الحوالة المطلقة؛ لأنها لا تبطل ببطلان العين الذي عند المحتال عليه، ولا ببطلان الدين على المحال عليه.

وكذا لا تبطل الحوالة المقيدة بثمن عبد كان للمحيل على المحتال عليه، ثم فسخ بيع العقد بخيار رؤية أو شرط أو عيب قبل القبض أو بعده بقضاء قاض، أو هلك العبد المبيع قبل التسليم.. بطل الثمن على المحتال عليه، ولا تبطل الحوالة استحساناً؛ كذا في «قاضي خان».

وهل يصدق في قوله: هلكت؟

ففي «البزازية»: أودع عنده ألفاً ثم أحال به غريمه مقيدة بها، فقال المودع: ضاعت الوديعة.. بطلت الحوالة، ولو كانت مقيدة بالغصب.. لا تبطل؛ لوجود الخلف. انتهى.

(و) تصح بالعين (بالمغصوبة) أيضاً؛ لما ذكرناه من الوجهين في الوديعة.

(ولا يبرأ) المحال عليه (بهلاكها)؛ لأنها إذا هلكت.. وجب على الغاصب مثلها إن كان مثلياً، وقيمتها إن كانت قيمياً، فكان الفوات بهلاكها فواتاً إلى خلف، فكان باقياً حكماً.

بخلاف الوديعة؛ فإن الفوات فيها لا إلى خلف.. فلم تبق أصلاً.

وَإِذا قُيِّدتِ الْحوَالَةُ بِالدَّينِ، أَو الْوَدِيعَةِ، أَو الْغَصْبِ.. لَا يُطَالِبُ الْمُحِيلُ الْمُحْتَالَ عَلَيْهِ، مَعَ أَنَّ الْمُحْتَالَ أُسْوَةٌ لغرماءِ الْمُحِيلِ بعدَ مَوته.

وَإِن لم تقيَّدْ بِشَيْءٍ.. ....

(وإذا قيدت الحوالة بالدين) وهو القسم الثاني من الحوالة المقيدة، وذلك بأن كان لرجل على آخر ألف درهم، وللمديون على آخر كذلك، وأحال المديون الطالب على مديونه بألف، على أن يؤديه من الألف التي للمطلوب عليه.

(أو الوديعة أو الغصب.. لا يطالب المحيل المحال عليه) بكل من الدين أو الوديعة والغصب المحال به؛ لأنه تعلق به حق المحتال؛ فإنه إنما رضي بنقل حقه إلى المحال عليه بشرط أن يوفي حقه ما عليه للمحيل أو بيده [١٨٣/آ]، فتعلق به حق استيفائه، وأخذ المحيل ذلك يبطل هذا الحق.. فلا يطالبه.

ولو دفعها المودع أو غيره إلى المحيل.. ضمن؛ لأنه استهلك محلاً مشغولاً بحق الغير، وصارت كالرهن في هذا الحكم؛ فإن الراهن بعدما رهن العين.. لم يبق له حق الأخذ عن يد المرتهن؛ لئلا يبطل حق المرتهن، ولكنها تخالفه في حكم آخر، أشار إليه بقوله: (مع أن المحتال أسوة لغرماء المحيل بعد موته) يعني: أن المحتال قد تعلق به حقه بالمحتال به من العين والدين، فيمنع مطالبة المحيل؛ كتعلق حق المرتهن بالرهن، فيمنع مطالبة الراهن، ومع هذا: أن المحتال بعد موت المحيل بلا شيء سوى المحتال به من العين أو الدين أسوة لباقي غرمائه.

بخلاف المرتهن؛ فإنه ليس بأسوة لباقي غرماء الراهن بعد موته بلا شيء سوى الرهن.

والفرق: أن المحتال به من الدين والعين لم يصر مملوكاً للمحتال بعقد الحوالة لا يداً ولا رقبة؛ لأن الحوالة ما وضعت للتمليك، وإنما وضعت للنقل، فيكون بين الغرماء، وأما الرهن.. فلا يكون باقي الغرماء شريكاً له فيه.

(وإن لم تقيد) الحوالة (بشيء) من العين أو الدين؛ سواء ثبت شيء منها للمحيل على المحال عليه ولم يقيدها به، أو لم يثبت أصلاً؛ فإن الحوالة في

فَلَهُ الْمُطَالَبَةُ.

الصورتين مطلقة، وللمحيل في الصورة الأولى أن يطالب المحال عليه بالدين، وللمحتال أيضاً أن يطالبه بالحوالة، على ما صرح به في «البزازية»؛ حيث قال: ولو كان للمحيل على المحتال عليه دين، فأحال دينه ولم يقيد بدينه.. فالدين على المحتال عليه على حاله، وله أن يطالبه بالدين، والمحتال أيضاً يطالبه بالحوالة.

وإن قيدها بالدين الذي عليه.. ليس له أن يطالبه. انتهى.

وإليه أيضاً أشار بقوله: (فله) أي: للمحيل (المطالبة) بما له عليه من العين أو الدين؛ لوجود المقتضي وعدم المانع من تعلق حق المحتال؛ لأن حقه إنما تعلق بذمة المحال عليه لا العين والدين، لكن هذا في صورة ما كان للمحيل شيء من العين والدين على المحال عليه، وإلا.. فليس له مطالبة المحال عليه، وإنما يطالبه المحتال فقط بحكم الحوالة.

واعلم: أن للمحتال أن يطالب المحتال عليه بحكم الحوالة في الحوالة المطلقة؛ سواء كانت الحوالة صحيحة أو فاسدة.

وأما في الحوالة المقيدة: فليس له أن يطالب المحتال عليه بحكم الحوالة في الحوالة الفاسدة؛ لظهور عدم ذلك القيد؛ أعني: الدين مثلاً: باع عبداً وأحال غريمه على المشتري بثمن العبد؛ فإن الحوالة مقيدة، ثم استحق العبد أو ظهر أنه [١٨٣/ب] حر، وقد رفع الأمر إلى القاضي.. فإنه تبطل الحوالة، ولا يطالب المحتال عليه - أي: المشتري - بثمن العبد؛ لأنه ظهر أن لا ثمن عليه، حتى لو كان المحتال قد أخذه من المشتري.. فللمشتري أن يسترده بعد ظهور بطلان الحوالة.

بخلاف الحوالة المطلقة؛ فإن للمحتال أن يطالب المحتال عليه بحكم الحوالة، وليس له أن يسترد ما أداه إلى المحتال بعد ظهور فساد الدين، بل له أن يرجع إلى المحيل؛ لأنه قضى دينه بأمره، فظهر من هنا: أن المراد - بما ذكره في «البزازية» من أن المحتال عليه إذا أدى المال في الحوالة الفاسدة.. فهو بالخيار؛ إن شاء.. رجع على القابض وهو المحتال، وإن شاء.. رجع على المحيل. انتهى - هو الحوالة

وَلَا تبطلُ الْحوَالَةُ بِأَخْذِهِ مَا على الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ أَو عِنْدَهُ.

وَإِذا طَالب الْمَالُ عَلَيْهِ الْمُحِيلَ بِمثل مَا أَحَالَ بِهِ، فَقَالَ: أحلتُ بدينٍ لي عَلَيْك.. لَا يُقبل بِلَا حجَّةٍ.

المقيدة، ومن هنا: علم أن المحتال عليه في الحوالة المقيدة لو أدى المال للمحتال به إلى المحيل بدون رضا المحتال.. لا يبرأ على الحوالة؛ إذ ليس له ذلك.

(**ولا تبطل الحوالة بأخذه**) أي أخذ المحيل (**ما على المحال عليه**) من الدين (**أو عنده**) من العين وديعة أو غصباً؛ لعدم تعلق حق المحتال بما على المحال عليه أو عنده؛ لعدم تقيد الحوالة به، بل إنما تعلقت بذمة المحال عليه مطلقاً، وفي الذمة سعة.

والجملة ههنا: أن الحوالة على نوعين؛ مقيدة، ومطلقة.

فالمقيدة أيضاً على نوعين: على ما ذكرناه آنفاً.

والمطلقة - وهي: أن لا يقيدها بعين، ولا دين؛ سواء كان له عليه شيء أو لا - على نوعين أيضاً: مؤجلة، وحالّة.

فالمؤجلة: تكون على المحال عليه مؤجلة.

والحالة: تكون حالاً؛ لأنها لتحويل الدين من الأصيل، فيتحول على الصفة التي كان على الأصيل مع تلك الصفة، ولكل من هذه الأنواع حكم خاص، وإلى جميعها أشير في المقام.

(**وإذا طالب المحال عليه المحيل بمثل ما أحال به**) مدعياً قضاء دينه من ماله، (**فقال**) المحيل: (**أحلت**) أنا (**بدين لي عليك**)، وليس لك الرجوع علي (.. **لا يقبل**) قول المحيل (**بلا حجة**)، ويجب على المحيل مثل الدين؛ لأن سبب رجوع المحال عليه وهو قضاء دينه بأمره.. قد تحقق بإقراره، إلا أنه يدعي عليه ديناً، وهو ينكر، والقول قول المنكر، والبينة للمحيل؛ فإن أقامها.. بطل حق المحتال عليه في الرجوع، وظهر من هنا: أن المحال عليه لا يرجع على المحيل قبل أداء ما أحيل عليه به من الدين عند عدم الدين عليه للمحيل.

وَلَو طَالبَ الْمُحِيلُ الْمُحْتَالَ بِمَا أَحَال فَقَالَ: أحلتَنِي بدَينٍ لي عَلَيْك.. لَا يُقبلُ بِلَا حجَّةٍ.

وَتُكرَهُ السَّفْتَجَةُ وَهِي: الْإِقْرَاضُ لسُقُوطِ خَطَرِ الطَّرِيقِ.

(ولو طالب المحيل المحتال بما أحال)، فقال: أحلتك للقبض لي، (فقال المحتال: لا، بل (أحلتني) أنت (بدين لي عليك.. لا يقبل) قول المحتال (بلا حجة)؛ لأنه يدعي الدين، والمحيل ينكره.. فالقول له، والبينة للمدعي.

فإن قيل: الحوالة حقيقة في نقل الدين، ودعوى المحيل أنه أحاله [١٨٤/أ] لقبضه له.. خلاف الحقيقة، مما لا دليل عليه.

أجيب عنه: بأن دعواه هذه هي دعوى الوكالة منه، ولفظة الحوالة قد تستعمل فيها مجازاً، فتكون من محتملاته، فيجوز إدارته فيصدق فيها، لكنه مع يمينه مما فيها نوع مخالفة للظاهر، على ما في «العناية».

(وتكره السفتجة) بضم السين، وقيل: بفتحها، والتاء مفتوحة فيهما، لفظ فارسي معرب، (وهي: الإقراض لسقوط خطر الطريق).

صورتها: أن يقرض إنساناً مالاً ليقضيه المستقرض في بلد يريده المقرض، وإنما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الأمانة؛ ليستفيد به خطر الطريق، وهو مكروه؛ لأن النبي ﷺ نهى عن قرض جرّ نفعاً.

وقيل: هذا إذا كانت المنفعة مشروطة في العقد، وأما إذا لم تكن مشروطة.. فلا بأس بذلك.

وفي «غاية البيان»: رجل أقرض رجلاً مالاً على أن يكتب له بها إلى بلد كذا.. فإنه لا يجوز.

وإن أقرضه بغير شرط وكتب.. كان هذا جائزاً.

وكذلك لو قال: اكتب لي سفتجة إلى موضع كذا، على أن يعطيك هنا.. فلا خير فيه، كذا في «قاضي خان».

* * *

(كتاب القضاء)

(كتَابُ القَضَاءِ)

الْقَضَاءُ بِالْحَقِّ من أقوى الْفَرَائِضِ وَأفضلِ الْعِبَادَاتِ.

(كِتَابُ القَضَاءِ)

اعلم: أن الفتوى على قول أبي يوسف في كلّ ما يتعلق بالقضاء على ما صرح به في قضاء «الأشباه» نقلاً عن «القنية» و«البزازية».

(**القضاء بالحق من أقوى الفرائض وأفضل العبادات**) بعد الإيمان بالله تعالى؛ لأن الله تعالى أمر به كل رسول، حتى نبينا ﷺ.

واختلفوا في معناه الشرعي؛ ففي «فتح القدير»: هو الإلزام.

وفي «المحيط»: هو فصل الخصومات وقطع المنازعات.

وفي «البدائع»: هو الحكم بين الناس بالحق.

وهو أخص من الأولين؛ لأنهما يشملان القضاء بالحق والباطل، والمراد بالحق ههنا: هو الحكم الثابت عند الله تعالى:

إما قطعاً؛ بأن كان عليه دليل قطعي، وهو: النص المفسر من الكتاب والسنة المتواترة أو المشهورة أو الإجماع.

وإما ظاهراً؛ بأن كان عليه دليل ظاهر يوجب عليه غلبة الظن، وهو ظاهر الكتاب والسنة، وخبر الواحد والقياس، وذلك في المسائل الاجتهادية التي اختلف فيها الفقهاء، أو التي لا رواية فيها من السلف؛ فلو قضى بخلاف ما قام عليه النص ولو ظاهراً، أو الإجماع.. لم يجز.

وكذا لو قضى بخلاف ما عليه أقاويل الفقهاء في موضع الاجتهاد.. لم يجز؛ لأن الحق لم يعدوهم.

وهل يشترط أن يقول القاضي عند القضاء: حكمت أو قضيت؟

ففي «القنية»: قول القاضي [١٨٤/ب]: حكمت أو قضيت له.. ليس بشرط.

وَأَهلُه: مَنْ هُوَ أهلٌ للشَّهَادَة.

وَشرطُ أَهْلِيَّته: شَرطُ أهليَّتِها.

وقوله بعد إقامة البينة للمعتمد: افهمه واطلب المذهب منه.. حكم.

وقوله: ثبت عندي.. يكفي.

وكذا إذا قال: ظهر عندي، أو صح عندي، أو علمت.. فهذا كله حكم في المختار.

كذا في «البحر».

وقال في «البزازية»: قوله لا أرى لك حقاً في هذه الدار بهذه الدعوى.. لا يكون قضاء، ما لم يقل: أمضيت أو أنفذت عليك القضاء بكذا.

وكذا قوله للمدعى عليه: سلم هذه الدار عليه بعد إقامة البينة.

وهذا نص على أن أمره لا يكون قضاء.

وذكر شمس الأئمة: أنه حكم؛ لأن أمره التزام وحكم.

وذكر الحلواني: قول القاضي: ثبت عندي.. حكم.

وفي «الصغرى»: أنه حكم إذا شهد عليه، وكذا: صح عندي، أو ظهر، أو علمت.

واختار الأورجندي: أنه لا بد من قوله: حكمت أو ما يجري مجراه، ولا يكون قوله: ثبت عندي حكماً.

وأما فعل القاضي.. فهل هو حكم أم لا؟

ففيه تفصيل مذكور في «البحر».

(وأهله) أي: أهل القضاء: **(من هو أهل للشهادة، وشرط أهليته: شرط أهليتها)** من الإسلام والحرية والعقل والبلوغ؛ لأن حكم القضاء - وهو الولاية - مستفاد من

وَالْفَاسِقُ أهلٌ لَهُ، وَيَصِحُّ تَقْلِيدُه، وَيجبُ أَن لَا يُقَلَّدَ، كَمَا يَصحُّ قَبُولُ شَهَادَتِهِ، وَيجبُ أَن لَا تُقبَلَ.

وَلَو فسقَ الْعدْلُ.. يستحقُّ العزلَ، وَلَا يَنْعَزِلُ فِي ظَاهر الْمَذْهَبِ، ....

حكم الشهادة؛ لأن كل واحد منهما من باب الولاية، وهو تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى، وكل ما كان حكمه يستفاد من الغير.. يشترط له ما يشترط للغير.

(**والفاسق أهل له**) أي: للقضاء لأهليته للشهادة.

وقال الشافعي: إن الفاسق ليس بأهل للقضاء، واختاره الطحاوي منا، وهو رواية «النوادر»، كما لا تقبل شهادته.

(**ويصح تقليده**) أي: تقليد الفاسق للقضاء، حتى إذا قضى.. نفذ قضاؤه؛ لأهليته في نفسه.

(**ويجب أن لا يقلد**) مع صحة تقليده ونفاذ حكمه إذا قلد؛ لأنه لا يؤتمن في أمر الدين على نفسه؛ لقلة مبالاته فيه.. فكيف يؤتمن في أمر الدنيا على الغير؟

(**كما يصح قبول شهادته**) أي: الفاسق؛ بناء على عدم اشتراط العدالة في صحتها نظراً إلى أهل ذلك العصر الذين شهد لهم رسول الله ﷺ بالخيرية، وإلى ظاهر حال المسلم في غيرهم، وهذا في ظاهر الرواية، وفي رواية: يشترط العدالة لصحتها.

(**ويجب أن لا تقبل**) شهادته لما ذكرناه.

(**ولو فسق العدل**) بأخذ الرشوة أو بالربا أو شرب الخمر (.. **يستحق العزل، ولا ينعزل في ظاهر المذهب**)، إلا إذا علق العزل عند التقليد بتعاطي الحرام.. فإنه حينئذ ينعزل؛ فإن تعليق العزل بالشرط: صحيح.

حتى لو كتب إليه الخليفة: إذا أتاك كتابي.. أنت معزول، فأتاه.. ينعزل [١٨٥/أ] كذا في «البزازية».

وقال الإمام ظهير الدين: ونحن لا نفتي بصحة تعليق العزل بالشرط.

وَعَلِيهِ مشايخنا.

(وعليه مشايخنا).

وفي «البحر» نقلاً عن «البدائع»: إن القاضي يخرج عن القضاء بكل ما يخرج الوكيل عن الوكالة، إلا فيما إذا مات الخليفة.. فإنه لا ينعزل قضاؤه وولايته.

وإذا مات الموكل.. انعزل وكيله.

ولا ينعزل بأخذ الرشوة والفسق.

ثم قال نقلاً عن «الولوالجية»: إذا ارتد القاضي أو فسق، ثم صلح.. فهو على حاله؛ لأن المرتد أمره موقوف، ولأن الارتداد فسق، وبنفس الفسق لا ينعزل.

إلا أن ما قضى في حاله الردة: باطل.

وفي «الواقعات الحسامية»: الفتوى على أنه لا ينعزل بالردة؛ فإن الكفر لا ينافي ابتداء القضاء في إحدى الروايتين، حتى لو قلد الكافر، ثم أسلم، هل يحتاج إلى تقليد آخر، فيه روايتان. انتهى كلام «الواقعات».

وبه علمت أن تقليد الكافر صحيح - في القول المفتى به - وإن لم يصح قضاؤه في حال كفره. انتهى كلام «البحر».

وقال في «البزازية» نقلاً عن «الأقضية»: لا يستعمل السلطان في القضاء إلا الموثوق بصلاحه وفقهه وعمله وعلمه بوجوه السنة والآثار والفقه، والعلم شرط الأولوية لا جواز التقليد، حتى لو قضى بفتوى غيره.. صح.

وكذا العدالة شرط الأولوية عندنا.

وعند الشافعي: شرط الصحة.

واختلف في تقليد الفاسق، والأصح: الجواز، ولا ينعزل بالفسق، بل يستحقه، ولكن يجب على السلطان عزله وتعزيره.

وفي قول المصنف: «يستحق العزل» إشارة إليه أيضاً؛ لأن الاستحقاق يستدعي الوجوب.

وَلَو أَخذ الْقَضَاءَ بالرِّشوةِ.. لَا يصيرُ قَاضِياً.

واحترز بظاهر المذهب: عن رواية «النوادر» - وهو المروي عن الكرخي -: من أنه ينعزل بالفسق؛ لأن المقلد اعتمد عدالته في تقليده.. فلا يكون راضياً بدونها، فكان التقليد مشروطاً ببقاء العدالة، فينتفي بانتفائها.

بخلاف تقليد الفاسق ابتداء؛ فإن المقلد لم يقلده بناء على عدالته، فصح تقليده، وإن وجب عليه أن لا يقلده.

(**ولو أخذ القضاء بالرشوة.. لا يصير قاضياً**) على الصحيح من الرواية، ولو قضى.. لا ينفذ حكمه، وبه يفتى.

وفي «جامع الفصولين»: الإمام لو قلد القضاء برشوة أخذها هو أو قومه وهو عالم به.. لم يجز تقليده؛ كقضائه برشوة.

ثم قال بعَلَامة «النوازل»: إن من أخذ القضاء برشوة أو شفعاء.. فحكمه: لو رفع حكمه إلى قاض آخر.. يمضيه لو وافق رأيه، وإلا.. أبطله [١٨٥/ب].

وفي «الخلاصة»: إن القضاء على نوعين: قاض قُلِّد، وقاض وُلِّي بسبب الرشوة أو الشفعاء:

فالأول: إذا قضى، ثم رفع قضيته إلى قاض يرى خلافه.. لا ينقضه.

وإذا كان في فصل تقليد القضاء بالرشوة.. لا ينفذ قضاؤه أصلاً.

وأما الذي قلد القضاء بسبب الشفعاء.. فهو والذي قلد القضاء احتساباً على السواء في نفاذ قضائهما في المجتهدات، وإن كان لا يحل الطلب بالشفعاء. انتهى.

إنما قال: «لو أخذ القضاء بالرشوة» إشارة إلى أنه لو أخذ الرشوة وقضى.. لا ينفذ حكمه فيما ارتشى بالإجماع، على ما في «البحر» نقلاً عن «الخانية» و«السراج الوهاج».

وأما فيما سواه.. ففي «العمادي»: فيه اختلاف:

قيل: ينفذ، واختاره شمس الأئمة.

وقيل: لا ينفذ؛ كما لا ينفذ فيما ارتشى فيه، واختاره البزدوي، ورجحه ابن الهمام.

وفي «البحر» نقلاً عن «سراج الوهاج»: قال أبو حنيفة: لو قضى القاضي زماناً بين الناس، ثم علم أنه مرتش.. ينبغي للقاضي الذي يختصمون إليه أن يبطل كل قضاياه. انتهى.

وفي «البزازية»: وإن ارتشى وكيل القاضي أو كاتبه أو بعض أعوانه؛ فإن بأمره ورضاه.. فهو كما ارتشى بنفسه، وإن بغير علمه.. ينفذ قضاؤه، وعلى المرتشي رد ما قبض.

وفي «الخانية»: الرشوة على وجوه:

منها: ما هو حرام على الآخذ والدافع، وذلك في موضعين:

أحدهما: إذا تقلد القاضي بالرشوة.. فإنها حرام على الآخذ والدافع.

والثاني: إذا دفع الرشوة إلى القاضي ليقضي له.. فإنها حرام على الآخذ والدافع؛ سواء كان القضاء بحق أو بغير حق.

ومنها: إذا دفع الرشوة خوفاً على نفسه أو ماله.. فهذه حرام على الآخذ دون الدافع.

ومنها: إذا دفع الرشوة ليستوي أمره عند السلطان أو القاضي.. حلّ له الدفع، ولا يحل للآخذ؛ فإن أراد الآخذ أن يحل له ذلك.. فله أن يؤجر نفسه يوماً إلى الليل بما يريد.. فإنه يصح هذه الإجارة، ثم المستأجر مخير؛ إن شاء.. يستعمله في ذلك العمل، وإن شاء.. يستعمله في غيره.

هذا إذا أعطى الرشوة؛ إذ لا يسوي أمره عند السلطان، وأما إن طلب منه أن يسوي له أمره ولم يذكر له الرشوة وأعطاه بعدما سوى.. قيل: لا يحل له ذلك، وقيل: يحل، وهو الصحيح.

وَالْفَاسِقُ يصلحُ مفتياً.

وَقيل: لَا.

وَلَا يَنْبَغِي أَن يكونَ القَاضِي فظّاً، غليظاً، جبّاراً، عنيداً.

وَيَنْبَغِي أَن يكونَ موثوقاً بِهِ فِي دينِهِ وعفافِهِ وعقلِهِ وصلاحِهِ وفهمِهِ وَعلمِهِ...

(والفاسق يصلح مفتياً)؛ لأنه يخاف أن ينسب إلى الخطأ، فلا يترك الصواب.

(وقيل: لا) يصلح؛ لأن الفتوى من الأمور الدينية، والفاسق لا يؤتمن عليها.

وفي [١٨٦/أ] «البزازية»: أجمع الفقهاء على أن المعنى: يجب أن يكون من أهل الاجتهاد.

وقال الإمام: لا يحل لأحد أن يفتي بقولنا حتى يعلم من أين قلنا.

وفي «الملتقط»: إذا كان صوابه أكثر من خطئه.. حلّ له الإفتاء، وإن لم يكن مجتهداً.. لا يحل له الفتوى إلّا بطريق الحكاية؛ فيحكي ما يحفظ من أقوال الفقهاء.

وأما القضاء.. فليس الاجتهاد شرطاً فيه؛ لجواز قضائه بفتوى الغير.

وهل يجوز للقاضي أن يفتي؟

ففي «البزازية»: والأصح: أنه لا بأس للقاضي أن يفتي في مجلس القضاء وغيره؛ في المعاملات والديانات.

وفي «الظهيرية»: ولا بأس للقاضي أن يفتي من لم يخاصم إليه، ولا يفتي أحد الخصمين فيما خوصم إليه.

(ولا ينبغي أن يكون القاضي فظاً غليظاً) عطف تفسيري لِلْفظِّ، والمراد: أن يكون شديداً في الكلام، متفاحشاً، غليظ القلب، (جباراً) ومتكبراً، مقبلاً بالغضب، (عنيداً) معانداً عنيفاً، وذلك لأن هذه الأشياء تخلّ بالمقصود من القضاء، وهو دفع الفساد.

(وينبغي أن يكون موثوقاً به في دينه وعفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه

بِالسنةِ والْآثَارِ ووجوهِ الْفِقْهِ، وَكَذَا الْمُفْتِي.

وَالِاجْتِهَادُ شَرطُ الْأَوْلَوِيَّةِ،..................................

بالسنة والآثار) - وهو أخص من السنة - **(ووجوه الفقه)** أي: طرق الفقه.

(وكذا المفتي) أي: مثل القاضي في الاتصاف بالأوصاف المذكورة.

وفي «البحر»: وينبغي أن يكون المفتي كالقاضي في أوصاف الكمال.

(والاجتهاد) معناه لغة واصطلاحاً.. مبين في اللغة والأصول.

(شرط الأولوية) أي: لا الصحة، فيه إشارة إلى ما في «البزازية» و«البحر» وغيرهما: من أن تقليد الجاهل والمقلد للقضاء صحيح عندنا؛ لأن المقصود من القضاء إيصال الحق إلى المستحق، وذلك يحصل بفتوى غيره، بخلاف المفتي؛ فإن الاجتهاد شرط فيه على ما ذكرناه آنفاً من «البزازية».

قال في «فتح القدير»: وقد استقر رأي الأصوليين: على أن المفتي هو المجتهد، وأما غير المجتهد ممن يحفظ أقوال المجتهدين.. فليس بمفت، والواجب عليه إذا سئل: أن يذكر قول المجتهد؛ كأبي حنيفة على جهة الحكاية، فعرف أن ما يكون في زماننا من فتوى الموجودين ليس بفتوى، بل هو نقل كلام المفتي ليأخذ به المستفتي، وطريق نقله من ذلك المجتهد أحد أمرين:

إما أن يكون له سند فيه، أو يأخذه من كتاب معروف تداولته الأيدي؛ نحو: كتب محمد بن الحسن ونحوها من التصانيف المشهورة للمجتهدين؛ لأنه بمنزلة الخبر المتواتر أو المشهور، هكذا ذكره البزازي، فعلى هذا: لو وجد نسخ «النوادر» في زماننا هذا [١٨٦/ب].. لا يحل عزو ما فيها إلى محمد، ولا إلى أبي يوسف؛ لأنها لم تشتهر في عصرنا في ديارنا، ولم تتداول، نعم: إذا وجد النقل عن «النوادر» مثلاً في كتاب مشهور معروف كـ«الهداية» و«المبسوط».. كان ذلك تعويلاً على ذلك الكتاب.

فلو كان حافظاً للأقاويل المختلفة للمجتهدين، ولا يعرف حجة، ولا قدرة له

فَيصحُ تَقْلِيدُ الْجَاهِلِ، ويُختارُ الأقدرُ وَالْأولَى.
وَكُرِهَ التَّقْلِيدُ لِمَنْ خَافَ الحيفَ، وَالْعجزَ عَن الْقيام بِهِ.
وَلَا بَأْسَ بِهِ لمن يَثِقُ من نَفسه بأَدَاءِ فَرْضِهِ ....

على الاجتهاد للترجيح.. لا يقطع بقول منها يفتي بها، بل يحيلها للمستفتي، فيختار المستفتي ما يقع في قلبه أنه الأصوب، ذكره في بعض الجوامع.

وعندي: لا يجب عليه حكاية كلها، بل يكفيه أن يحكي قولاً منها؛ فإن المقلد له أن يقلد أي مجتهد شاء؛ فإذا ذكر أحدهما فقلده.. حصل المقصود، نعم: لا يقطع عليه فيقول: جواب مسألتك كذا، بل يقول: قال أبو حنيفة: حكم هذا كذا، ولو حكى الكل.. فالأخذ بما يقع في قلبه أنه أصوب أولى، وتمامه في «فتح القدير».

وعن محمد في «الأصل»: أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضياً.

(**فيصح**) أي: إذا كان الاجتهاد شرط الأولوية.. يصح (**تقليد الجاهل**) أي: المقلد على ما هو الظاهر من كلامه.

وكذا يصح تقليد الجاهل بمعنى من لا يحفظ شيئاً من أقوال الفقهاء؛ لأنه يمكنه أن يقضي بفتوى غيره.

(**ويختار**) السلطان (**الأقدر**) على الاجتهاد.

(**والأولى**)؛ لقوله ﷺ: «من قلد إنساناً عملاً وفي رعيته من هو أولى منه.. فقد خان الله تعالى ورسوله وجماعة المسلمين».

ولو قلد القضاء رجلاً وهو أهله وغيره أفضل منه.. فقد أساء ولم يأثم، على ما في «الفصولين».

(**وكره التقليد**) للقضاء، (**لمن خاف الحيف**) أي: الظلم في القضاء (**والعجز عن القيام به**) أي: بالقضاء.

(**ولا بأس لمن يثق من نفسه بأداء فرضه**).

وَمن تعيّنَ لَهُ.. فُرِضَ عَلَيْهِ.

وقال بعض مشايخنا: كره الدخول فيه مختاراً؛ سواء وثق من نفسه أو لم يثق، حتى قال الصدر الشهيد: منهم من قال: لا يجوز الدخول فيه إلا مكرهاً، ألا ترى أن أبا حنيفة دعي إلى القضاء ثلاث مرات فأبى، حتى ضرب ثلاثين سوطاً، فلما كان في المرة الثالثة.. قال: حتى أستشير أصحابي، فاستشار أبا يوسف، فقال أبو يوسف: لو تقلدت.. لنفعت الناس، فنظر إليه أبو حنيفة نظر المغضب.

وفي «البزازي»: ضُرِبَ الإمام أبو حنيفة أياماً وقيد نيفاً وخمسين يوماً وامتنع في الأصح عن القبول، ومات على الإباء. انتهى.

ودعي محمد إلى القضاء فأبى، حتى قيد وحبس فاضطر، ثم تقلد.

وقد روي عن أبي هريرة مرفوعاً: «من جعل على القضاء.. فكأنما ذبح بغير سكين».

وقال بعض مشايخنا: الدخول فيه [١٨٧/أ] رخصة؛ طمعاً في إقامة العدل، والترك عزيمة، وصححه صاحب «الهداية». هذا كله إذا كان في البلد غيره من يصلح للقضاء.

(و) أما (من تعين له) بأن كان هو الأهل لا غيره.. فحينئذ (فرض عليه) الدخول فيه؛ صيانة لحقوق العباد وإخلاء للعالم عن الفساد بإقامة الحدود والقصاص والتعازير.

وقيل: إقامة الحدود إلى الإمام وأمراء الأمصار، لا إلى القاضي، نقله في «البحر» عن «تهذيب القلانسي».

والصحيح: أن للقاضي إقامة الحدود، وللقاضي إقراض مال اليتيم، وتزويج الصغائر واليتامى التي لا ولي لهم، لكن يشترط أن يكتب في منشوره ذلك، وله ولاية الوقف أيضاً على ما تقدم في باب الوقف، ويفتش عن ولاتها، ويعزل الخائن عنها ولو كان ابن الواقف، وله نصب الأوصياء أيضاً إن لم يكن للميت وصي.

وفي «البزازية» عزواً إلى «الحلواني»: للقاضي أن ينصب الوصي في مواضع:

إذا كان في التركة دين؛ مهراً كان الدين أو غيره، أو وصيه، أو صغير ينصبه لقضاء الدين، أو لتنفيذ الوصية، أو لحفظ مال الصغير؛ لأن حق الدائن يتعلق بمالية التركة لا عينها.

ولو قال الوارث: أنا لا أقضي الدين، ولا أبيع التركة، بل أسلم التركة إلى الدائن.. نصب القاضي من يبيع التركة، ولهذا لو كان أب الصغير مبذراً متلفاً مال الصغير.. ينصب وصياً لحفظ ماله.

ولو اشترى الوارث من مورثه شيئاً، ثم اطلع بعد موته على عيب.. نصب القاضي وصياً حتى يرده الوارث عليه برده الأب عليه.

وقيد الخصاف نصب الوصي فيما إذا كان على الميت دين وله وارث كبير بانقطاعه من بلد المتوفى؛ بحيث لا يأتي، ولا تذهب القافلة؛ فإن لم يكن منقطعاً بذلك التفسير.. لا ينصب.

وإذا كان للصغير أب غائب واحتيج إلى إثبات حق للصغير؛ إن كانت غيبة الأب منقطعة.. نصب القاضي وصياً، وإلا.. لا.

وله أن ينصب عن المفقود وصياً لحفظ حقوقه وتطلب من الغرماء، هكذا ذكره في «البحر».

ثم قال: إذا كان المدعى عليه أصم أعمى أخرس.. فالقاضي ينصب عنه وصياً، ويأمر المدعي بالخصومة معه لو إن لم يكن له أب أو جد أو وصيهما.

ثم ذكر في «البزازية»: وإنما يلي نصب الأوصياء إذا كان مأذوناً بالاستخلاف، وينصب: عدلاً، أميناً، كافياً، لا غريباً لا يعرف، ويثبت ذلك بإخبار واحد.

وَلَا يطْلب الْقَضَاءَ وَلَا يسألَهُ، ....

ثم ذكر فيها: وقال وله ولاية إقراض اللقطة من الملتقط، وولاية إقراض مال الغائب، وله أن يبيع منقوله إذا خاف عليه التلف إذا لم يعلم مكان الغائب؛ فلو علم [١٨٧/ب] مكانه.. بعثه إليه.

وله أن ينصب وكيلاً في جمع غلات المفقود، طلب الوارث ذلك أو لا.

وله إيفاء ديون الغائب بماله بالحصص، ويبيع ماله لإيفاء دينه.

وليس له أن يتزوج أم ولد الغائب، وله الإذن بالإنفاق على مال الغائب وزوجته وأولاده وأصله من ماله.

(**ولا يطلب**) على صيغة النفي، ويجوز أن يكون على صيغة النهي، والمراد بالنفي: هو النهي.

(**القضاء، ولا يسأله**)، وإن صار أهلاً له؛ لما روى أنس بن مالك مرفوعاً: «من طلب القضاء.. وكل إلى نفسه، ومن أجبر عليه.. نزل عليه ملك يسدده» أي: يلهمه رشده.

قوله: «وكل» بالتخفيف؛ أي: فوض أمره إلى نفسه.. فلم يهد إلى الصواب؛ لأن النفس أمارة بالسوء، ولأن من طلب القضاء.. فقد اعتمد فقهه وورعه وزكاءه، وأعجبته نفسه.. فيحرم التوفيق، وإن أكره عليه.. فقد اعتصم بحبل الله، وتوكل عليه، ومن يتوكل على الله.. فهو حسبه، فيليه التوفيق.

ولأن في طلب القضاء إذلالاً وإهانة للعلم؛ لأن كل سائل مهان، كذا في «السراج الوهاج»، هذا جمع بين طلب القضاء وسؤاله؛ كما وقع في عبارة القدوري و«الهداية» أيضاً كذلك.

واختلف الشراح في تفسيرهما:

فقال بعضهم: الطلب بالقلب، والسؤال باللسان؛ فرقاً بين الطلب والسؤال، كذا في «العناية».

وَيجوزُ تقلُّدُهُ مِنَ السُّلْطَانِ الجائِرِ؛ وَمِنْ أَهلِ الْبَغيِ، إِلّا إِذا كَانَ لَا يُمكِّنُهُ مِنَ الْقَضَاءِ بِالْحَقِّ.

وَإِذا تقلَّدَ.. يسْأَلُ ديوَانَ قاضٍ قبلَهُ، وَهُوَ الخرائطُ الَّتِي فِيهَا السِّجلاتُ والمَحَاضِرُ وَغَيرُهَا، وَيبْعَثُ أمينَيْنِ

وقال في «الينابيع»: الطلب أن يقول للإمام: ولني، والسؤال: أن يقول للناس: لو ولاني الإمام قضاء بلدة كذا.. لأجبته إلى ذلك، وهو يطمع أن يبلغ طلبه إلى الإمام، فلم يفرق بين الطلب والسؤال في كونهما باللسان.

والمراد بنفي الطلب والسؤال ههنا: هو النهي عنه، وإنما أتى بصيغة النفي تأكيداً للنهي.

(**ويجوز تقلده**) للقضاء (**من السلطان الجائر ومن أهل البغي**)؛ لأن الصحابة تقلدوا القضاء من معاوية وكان الحق مع علي في نوبته، وعلماء السلف والتابعين تقلدوا من الحجاج، وجوره مشهور.

(**إلا إذا كان لا يمكنه من القضاء بالحق**).. فحينئذٍ لا يجوز تقلده؛ لعدم حصول الفائدة من التقلدة.

(**وإذا تقلد.. يسأل ديوان قاض قبله، وهو الخرائط**) أي: القطع المجموعة من القراطيس (**التي فيها السجلات والمحاضر وغيرها**) من الصكوك.

السجلات جمع سجل، والمحاضر جمع محضر.

وفي «الدرر»: إن المحضر ما كتب فيه خصومة المتخاصمين عند القاضي، وما جرى بينهما من الإقرار من المدعى عليه أو الإنكار منه، والحكم بالبينة أو النكول على وجه يدفع الاشتباه، وكذا: السجل، والصك: ما كتب فيه البيع والرهن [١٨٨/أ] والإقرار وغيرها، والحجة والوثيقة: تتناولان الثلاثة.

وروي: أن عمر رضي الله عنه أول من دون الدواوين للولاة والقضاة.

(**ويبعث أمينين**)؛ بيان: لكيفية التسليم، والواحد يكفي، والاثنان للاحتياط.

يقبضانها بِحَضْرَةِ الْمَعْزُولِ، أَو أَمِينِهِ، ويسألانِهِ شَيْئاً فَشَيْئًا، ويجعلانِ كلَّ نوعٍ فِي خريطةٍ على حِدةٍ.

وَينظرُ فِي حَالِ المحبوسينَ؛ فَمَنْ أقرَّ بِحَقٍّ؛ أَو قَامَتْ عَلَيْهِ بِهِ بَيِّنَةٌ.. أَلزمَهُ، وَلَا يعْملُ بقولِ الْمَعْزُولِ، وإِلّا.. يُنَادي عَلَيْهِ، ثمَّ يخلِّي سَبيلَهُ بَعْدَمَا استظهَرَ فِي أمرِهِ.

(يقبضانها بحضرة المعزول أو أمينه ويسألانه) أي: الكشف الحال لا للالتزام؛ فإنه بالعزل التحق بواحد من الرعايا.. فلا يكون قوله حجة.

(شيئاً فشيئاً) أي: مفصلاً.

(ويجعلان كل نوع في خريطة على حدة)؛ لئلا يشتبه على المُولَّى.

(وينظر في حال المحبوسين) ويسألهم عن سبب حبسهم؛ لأنه نصب ناظراً لأمور المسلمين.

(فمن أقر بحق أو قامت عليه) به أي بحق (بينة.. ألزمه) ذلك الحق، وحبسه إذا طلب الخصم، وذلك لقيام الحجة.

(ولا يعمل بقول المعزول)؛ لأنه صار بالعزل كواحد من الرعايا، وشهادة الفرد غير مقبولة، لا سيما إذا كان على فعل نفسه، فلا بد من الإقرار أو البينة.

(وإلا) أي: وإن لم يقر ولم يقم عليه بينة (.. ينادي عليه) أياماً، ويقول المنادي: إن القاضي يقول: من كان يطالب فلان بن فلان المحبوس الفلاني.. فليحضر؛ فإن حضر.. فبها، وإلّا.. فاستظهر، (ثم يخلي سبيله بعدما استظهر في أمره) ويأخذ عطف على استظهر منه كفيلاً؛ لأن فعل المعزول حق ظاهر فلا يُعجَّل بالتخلية؛ لجواز أن يكون له خصم غائب يدعي عليه الحق إذا حضر.

وإن قال: لا كفيل لي، أو لا أعطي لك كفيلاً؛ إذ لم يجب عليه شيء.. نادى عليه شهراً، ثم خلى سبيله.

وَيعْملُ فِي الودائعِ وغلَّاتِ الْوَقْوفِ بِالْبَيِّنَةِ، أَو بِإِقْرَارِ ذِي الْيَدِ، لَا بقولِ الْمَعْزُولِ، إِلّا إِذا أَقَرَّ ذُو الْيَدِ بِالتَّسْلِيمِ مِنْهُ.

وَيجْلسُ للْحكمِ جُلُوساً ظَاهراً فِي الْمَسْجِدِ، وَالْجَامِعُ أَولى.

(ويعمل في الودائع وغلات الوقوف)؛ لأنه نصب ناظراً (بالبينة أو بإقرار ذي اليد)؛ لأن كلاً منهما حجة.

(لا بقول المعزول)؛ لما ذكرناه.

(إلا إذا أقر ذو اليد بالتسليم منه).. فحينئذٍ يقبل قوله في الودائع وغلات الوقوف؛ لأن بإقرار ذي اليد ثبت أن اليد كانت للمعزول، فيصح إقرار المعزول به؛ كأنه بيده للحال؛ لأنه لو كان بيده عياناً.. صح إقراره به، فكذا إذا كان بيد مودعه.

إلا إذا أبدى ذو اليد شيئاً مما أقر به المعزول أو ينكره.

وإن كان الثاني.. فالقول قوله، ولا يجب عليه شيء بقول المعزول.

وإن كان الأول؛ فإما أن يقول ابتداء: دفعه القاضي المعزول إليّ وهو لمن أقر له القاضي فلان بن فلان، أو يقول: دفعه القاضي إليّ، ولا أدري لمن هو، فيعمل بقول المعزول فيهما؛ لما ذكرناه.

أو يقول: دفعه إلى القاضي، وهو لفلان، غير من أقر له القاضي، ثم يقول: ودفعه إلي القاضي.. فالحكم حينئذ أنه يسلمه إلى المقر له الأول، سبق حقه، ثم يضمن مثله أو قيمته للقاضي المعزول؛ لإقراره ثانياً [١٨٨/ب] أن اليد له، فيأخذه المعزول ويسلم إلى من أقر له، كذا في «النهاية».

(ويجلس) القاضي (للحكم جلوساً ظاهراً في المسجد)؛ كيلا يستتر مكانه على الغرباء وبعض المقيمين.

(والجامع أولى)؛ على ما روي عن أبي حنيفة؛ لكونه أشهر وأرفق بالناس.

وقال البزدوي: هذا إذا كان الجامع في وسط البلدة، وإلا.. يختار مسجداً في وسطها.

وَلَو جلسَ فِي دَاره وَأَذِنَ فِي الدُّخُولِ.. فَلَا بَأْسَ بِهِ.

وَلَا يقبلُ هَدِيَّةً إِلَّا من قَرِيبِهِ، أَو مَن جَرَتْ عَادَتُه بمهادَاتِهِ؛ إِن لم يَكُن لَهما خُصُومَةٌ وَلم يَزِدْ على الْعَادةِ.

(**ولو جلس في داره وأذن في الدخول.. فلا بأس به**)، هذا إذا كان داره في وسط البلدة؛ كما في الجامع.

(**ولا يقبل**) القاضي (**هدية**)؛ لأنها من جوالب القضاء، وهو حرام.

(**إلّا من قريبه**) ذي رحم محرم منه؛ لأنه من جوالب القرابة، وهو مندوب إلى صلة الرحم، وفي الرد معنى القطيعة، وهو حرام.

(**أو من جرت عادته**) قبل القضاء (**بمهاداته**)؛ لأنه جرى على العادة، لا من جوالب القضاء.

(**إن لم يكن لهما**)؛ أي: للقريب ومن يتلوه (**خصومة**) للقاضي؛ لأنه لو كان بينهما خصومة.. تكون من جوالب القضاء، فيكون رشوة.

(**ولم يزد على العادة**)، وإلا.. فتكون من جوالب القضاء.

والذي ظهر من كلامه: أن المهاداة قبل القضاء بينه وبين القريب ليس بشرط في قبول هدية القريب، والذي يدل عليه كلام «النهاية»: أنها شرط؛ كما في هدية الأجنبي.

والحاصل: أن المهدي للقاضي؛ إما ذا خصومة، أو لا.

والأول: لا يجوز قبول هديته مطلقاً.

والثاني: إما أن يكون قريباً، أو ممن جرت له العادة بذلك أو لا.

والثاني كذلك.

والأول: يجوز قبوله إن لم يزد على العادة.

وإن أخذ القاضي ما لا يجوز له أخذه.. اختلفوا فيه:

ويحضُر الدعْوَةَ الْعَامَّةَ لَا الْخَاصَّةَ، وَهِي: مَا لَا يُتَّخَذُ إِنْ لم يَحضُرْ.

وَيشْهدُ الْجِنَازَةَ، وَيعودُ الْمَرِيضَ.

ويتخذُ مُترجِماً وكاتِباً عدلاً.

وَيَسوِّي بَينَ الْخَصْمَيْنِ ....

قال بعض مشايخنا: يضعه في بيت المال.

وقال بعضهم: يرده على أربابه إن عرفهم، وإن لم يعرفوا أو يعرفهم - إلا أن الرد متعذر لبعدهم - يضعه في بيت المال.

(ويحضر) القاضي (**الدعوة العامة لا الخاصة، وهي**)؛ أي: الدعوة الخاصة: (**ما لا يتخذ**) المضيف (**إن لم يحضر**) القاضي، وهو اختيار الإمام السرخسي وصاحب «الهداية».

وقال بعضهم: دعوة العرس والختان عامة، وما سوى ذلك: خاصة.

وقيل: فوق العشرة: عامة، وما دونها: خاصة.

ولا فرق بين القريب وغيره على قول أبي يوسف ومعه أبو حنيفة.

وعن محمد: أنه يجيب دعوة القريب وإن كانت خاصة كالهدية.

(**ويشهد الجنازة ويعود المريض**)؛ لأن ذلك من حقوق المسلمين على ما روي مرفوعاً.

(**ويتخذ مترجماً وكاتباً عدلاً**) ومُحضِراً؛ إذ الخصم قد يتمرد ويعاند.. فيحتاج إلى إحضاره فيحضره إلى الحاكم، ومؤنة المحضر وأجرته على المتمرد على الصحيح.

وقيل: في بيت المال على ما [١٨٩/أ] صرح به في أوائل كتاب الدعوى من «قاضي خان».

(**ويسوي**)؛ أي: القاضي (**بين الخصمين**) شريفاً ووضيعاً، أباً وابناً، صغيراً

جُلُوساً وإِقبالاً ونظراً، وَلَا يسَارُّ أَحدَهُمَا، وَلَا يُشِيرُ إِلَيْهِ، وَلَا يضيفُهُ دونَ الآخرِ، وَلَا يضْحكُ إِلَيْهِ، وَلَا يمزحُ مَعَه، وَلَا يلقِّنُهُ حجَّتَهُ، وَيكرهُ تلقينُهُ الشَّاهِدَ بقولِهِ: أَتَشهدُ بِكَذَا، ....

وكبيراً، حراً وعبداً، سلطاناً ورعايا، غنياً وفقيراً.

(جلوساً)؛ أي: يجلسهما بين يديه على الأرض؛ لأنه لو أجلسهما في جانب واحد.. كان أحدهما أقرب إليه ففاتت التسوية، ولو أجلس أحدهما عن يمينه والآخر عن يساره.. فكذلك؛ لفضل اليمين على اليسار.

ولو خاصم رجل السلطان إلى القاضي، فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه والخصم على الأرض.. يقوم القاضي من مكانه ويجلس الخصم فيه ويقعد القاضي على الأرض، ثم يقضي بينهما على ما في «العناية».

وفيه دليل على أن القاضي يجوز له أن يحكم على من ولاه.

(**إقبالاً ونظراً**)؛ لقوله ﷺ: «إذا ابتلي أحدكم بالقضاء.. فليسوّ بينهم في المجلس والإشارة».

(**ولا يسار أحدهما**)؛ أي: لا يكلمه سرّاً في مجلس القضاء.

(**ولا يشير إليه**) بيده أو برأسه.

(**ولا يضيفه**) - من الضيافة - (**دون الآخر، ولا يضحك إليه**) لما في جميع ذلك تهمة وعليه الاحتراز.

ولأن فيها كسر قلب الآخر؛ فيجتنبه عن طلب حقه، فيتركه فليحرَّر.

(**ولا يمزح معه**)، أو معهما؛ لما فيه من إذهاب مهابة القضاء.

وفي «الصحاح»: الدُّعابة - بضم الدال - المُزاح [وقد دعِب فهو دَعَّاب لَعّاب]. انتهى.

(**ولا يلقنه حجته**) لما فيه من التهمة.

(**ويكره تلقين الشاهد بقوله: «أتشهد بكذا»**)؛ لأنه إعانة له فيكره؛ لمكان التهمة.

وَاسْتَحْسنهُ أَبُو يُوسُفَ فِي غيرِ مَوضِعِ التُّهْمَةِ.

وَلَا يَبِيعُ وَلَا يَشْتَرِي فِي مَجْلِسه، وَلَا يمازِحُ.

فإِنْ عَرَضَ لَهُ هَمٌّ أَو نُعَاسٌ أَو غضبٌ أَو جوعٌ أَو عَطشٌ أَو حَاجَةٌ.. كَفَّ عَنِ الْقَضَاءِ.

وَإِذا تقدَّمَ إِلَيْهِ الخصمانِ؛ فإِنْ شَاءَ.. قَالَ لَهما: مَا لَكمَا؟ وَإِن شَاءَ.. سكَتَ، وَإِذا تكلم أَحدهمَا.. أسكتَ الآخرَ.

(واستحسنه) - أي: تلقين الشاهد - **(أبو يوسف في غير موضع التهمة)**؛ لأن القضاء؛ لإحياء حقوق الناس، وقد يحصر الشاهد عن البيان لمهابة المجلس.. فكان في التلقين إحياء للحقوق، وهذا رخصة منه رجع إليه بعدما تولى القضاء والعزيمة قولهما.

وموضع التهمة؛ مثل أن يدعي المدّعي ألفاً وخمسمائة والمدّعى عليه ينكر خمسمائة، ويشهد الشاهد بالألف، فالقاضي: إن قال: يحتمل أنه أبرأ الخمسمائة، واستفاد الشاهد علماً بذلك ووفق به.. فهذا لا يجوز بالاتفاق.

(ولا يبيع، ولا يشتري في مجلسه) أي: مجلس قضائه **(ولا يمازح)**؛ أي: مع الناس مطلقاً، فلا تكرار فيه، وهذا لما فيه من إذهاب مهابة القضاء.

(فإن عرض له همٌّ أو نعاس أو غضب أو جوع أو عطش أو، حاجة.. كفّ عن القضاء)؛ لدفعها،

(وإذا تقدم إليه الخصمان؛ فإن شاء.. قال لهما: ما لكما، وإن شاء.. سكت، وإذا [تكلّم] أحدهما.. أسكت الآخر) حتى يتم الأول كلامه، ثم يتكلم الآخر؛ لأنهما إذا تكلما معاً [١٨٩/ب].. لا يتمكن من الفهم.

* * *

(فَصْلٌ)

وَإِذا ثَبتَ الْحقُّ للْمُدَّعِي وَطلب حبس خَصمِهِ.

فَإِن ثَبتَ بِالْإِقْرَارِ.. لَا يحْبسُهُ، إِلّا إِذا أمرَهُ بِالْأَدَاءِ فَأبى.

وَإِن ثَبتَ بِالْبَيِّنَةِ.. حَبسَهُ قبلَ الْأَمرِ بِالدفعِ.

وَقيل: لَا.

(فَصْلٌ)

فِي بَيَانِ مَا يَتَعَلَّقُ بِالحَبْسِ بَعْدَ ثُبُوتِ الحَقّ

(**وإذا ثبت الحق للمدعي**) عند القاضي وكيلاً كان المدعي أو أصيلاً، (**وطلب حبس خصمه**)؛ أي: المدعى عليه؛ (**فإن ثبت بالإقرار**)؛ أي: بإقرار المدعي عليه (**..لا يحبسه**) في أول الأمر؛ لأن الحبس جزاء المماطلة، فلا بد من ظهورها، وعند إقرار الحق.. لم يظهر كونه مماطلاً في أول الأمر؛ لأن له أن يقول: «ظننت أنك تمهلني»،

(**إلّا إذا أمره**) القاضي (**بالأداء فأبى**)؛ لأنه حينئذ يظهر مطله.. فيترتب عليه جزاؤه، وهو الحبس.

(**وإن ثبت بالبينة.. حبسه قبل الأمر بالدفع**)؛ لظهور مطله بالإنكار.

(**وقيل: لا**) يحبسه قبل الأمر به، وهو المروي عن الإمام السرخسي؛ لأن له بعد الثبوت بالبينة أن يقول: «ما علمت له ديناً علي؛ فإذا علمت الآن.. لم أتكاسل في قضائه»، والمال غير مقدر في حق الحبس بحبس في الدرهم وما دونه، على ما في «الخلاصة».

والمحبوس في الدين لا يخرج بمجيء رمضان والفطر والأضحى والجمعة وصلاة مكتوبة وحجة فريضة وحضور جنازة بعض أهله وموت والده وولده إذا كان ثمة من يكفنه ويغسله؛ صيانة لحق الطالب.

قيل: يخرج بكفيل لجنازة الوالدين والأجداد والجدّات والأولاد، وفي غيرهم: لا يخرج مطلقاً، وعليه الفتوى، كذا في «الخلاصة».

وتعقبه في «فتح القدير»: بأنَّ محمداً نص على خلافه.

وأجيب عنه: بأن نص محمد في المديون أصالة، والكلام في الكفيل.

وفي «البحر»: صفة الحبس: أن يكون في موضع ليس فيه فراش، ولا وطاء، ولا يمكن أحد يدخل عليه للاستئناس، إلا أقاربه وجيرانه، ولا يمكثون. انتهى.

ثم قال فيه: ولا يخرج للمعالجة؛ لإمكانها في السجن.

ولا يمنع من الجماع إن احتاج إليه، فتدخل امرأته، أو جاريته عليه إن كان فيه موضع سترة.

واختلفوا في منعه من الكسب، والأصح: المنع.

ولا يضرب، ولا يغلُّ، ولا يجرد، ولا يؤجر.

وعن أبي يوسف: أن القاضي يؤجره لقضاء دينه، وإذا خاف فراره.. قيّده، كذا في «البزازية».

وفيها أيضاً: إذا خيف الفرار.. يحول إلى سجن اللصوص، وإذا جلس المحبوس في السجن متعنتاً.. لا يوفي المال:

قيل: يطين الباب ويترك له ثقبة يلقى منها الماء والخبز.

وقيل: الرأي فيه إلى القاضي.

ويترك له دستان من الثياب ويباع الباقي.

وإن كان له ثياب حسنة.. باعها القاضي واشترى له الكفاية، وصرف الفضل إلى الدين.

ويباع ما لا يحتاج إليه في [١٩٠/أ] الحال، حتى اللبد في الصيف والنطع في الشتاء.

ولو كان له كانون من حديد.. يباع ويشترى له من الطين.

فَإِنِ ادّعى الْفقرَ.. حَبسَهَ فِي كلِّ مَا لزمَهُ بدلَ مَالٍ: كَالثّمنِ وَالْقَرْضِ، ....

وعن شريح: أنه باع العمامة.

ولو فلس المشتري؛ إن كان قبل القبض.. يبيع القاضي المبيع للثمن.

وعن الإمام: أن القاضي لا يبيع العقار والعرض.

وعن عصام: لا يبيع العقار إجماعاً، والخلاف في المنقول.

وقيل: يبيع العقار عندهما، وهو الأصح.

وفي «شرح القدوري»: الخلاف في مال الحاضر المحبوس، وفي الغائب.. لا يبيع العقار ولا العروض.

(**فإن ادعى الفقر**)، وأنكره الطالب.. اختلف المشايخ في قبول دعواه على خمسة أقوال:

أحدها: يقبل مطلقاً؛ أي: في كل دين لزمه بدلاً عن مال أو لا، رواه الخصاف عن أصحابنا؛ لأن الأصل هو العسرة؛ إذ الآدمي يولد بلا مال، والطالب يدّعي أمراً عارضاً وهو اليسار، والقول: قول من تمسّك بالأصل مع يمينه حتى يظهر خلافه.

والثاني: أن القول له إلا فيما بدا له مال فالقول فيه للطالب، وهو مروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف.

والثالث: إن كل ما كان سبيله سبيل البر والصلة؛ كما في نفقة المحارم.. فالقول فيه له، وفيما ذلك.. فالقول للطالب.

والرابع: أن يحكم الزي؛ فإن كان زيَّ الفقراء.. كان القول له، وإن كان زيَّ الأغنياء.. فالقول للطالب، إلّا في أهل العلم والأشراف؛ كالعلوية والعباسية؛ فإن الزِّيَّ فيهم لا يكون دليل اليسار؛ لأنهم يتكلفون في الزِّيِّ مع احتياجهم؛ لئلا يذهب ماء وجههم.

والخامس: ما ذكره بقوله: (**حبسه في كل ما**) - أي: دين - (**لزمه بدل مال**) بسبب العقد؛ (**كالثمن و**) بدل (**القرض**)؛ لأنه إذا حصل المال في يده.. ثبت غناه،

أَو بالتزامه: كالمهرِ الْمُعَجَّلِ وَالْكَفَالَةِ، لَا فِيمَا عدا ذَلِك.

وزواله عن الملك محتمل، والثابت لا يزول بالمحتمل.

(أو بالتزامه؛ كالمهر المعجل) احترز عن المؤجل؛ فإن العادة جرت بتسليم المعجل.. فكان إقدامه على النكاح دليلاً على قدرته.

(والكفالة)؛ تعني القول فيه للطالب؛ لأن إقدامه على التزامه باختياره: دليل يساره؛ إذ العاقل لا يلتزم إلا ما يقدر على أدائه.

وكذا يحبس في الأجرة الواجبة، ويشملها الثمن؛ لأنها ثمن المنافع.

ويشمل الثمن أيضاً: ما على المشتري وما على البائع بفسخ البيع بالإقالة أو بالخيار.

وكذا يحبس في العين المغصوبة، وكذا في الوديعة: إن لم يدع هلاكها، وإلّا.. لا يحبس فيها؛ لأنه عند عدم دعوى الهلاك.. يكون غاصباً لها.

وفي «البزازية»: يتمكن المكفول له من حبس الكفيل والأصيل معاً وكفيل الكفيل وإن كثر.

وفيها أيضاً: لهما على رجل دين، لأحدهما أقل وللآخر أكثر.. فلصاحب الأقل حبسه، وليس لصاحب الأكثر [١٩٠/ب] إطلاقه بلا رضاه.

وإن أراد أحدهما إطلاقه بعدما رضيا بحبسه.. ليس له ذلك.

وفي «القنية»: لصاحب الدين الأقل حبسه، ولصاحب الأكثر إطلاقه؛ ليكتسب ويؤدي له، كذا في «البحر».

(لا) يحبسه (فيما عدا ذلك)؛ يعني: القول فيه للمديون لا للطالب؛ بناءً على أن الأصل في بني آدم الفقر، فيكون مدّعياً متمسكاً بالأصل.

وقال في «البحر»: ويدخل تحته تسع صور: بدل الخلع، وبدل عتق نصيب الشريك، وبدل المغصوب المتلف، ونفقة الزوجات، ونفقة الأقارب، وأروش الجنايات، وبدل دم العمد، وما تأخر من المهر بعد الدخول، وبدل المتلفات.

إِلّا إِذا برهَنَ خَصمُهُ أنَّ لَهُ مَالاً.

ويحبسُه مُدَّةً يغلبُ على ظَنِّهِ أنَّه لَو كَانَ لَهُ مَالٌ لأظَهرهُ، هُوَ الصَّحِيحُ.

وَقيل: شَهْرَيْن، أَو ثَلَاثَةً.

فَإِن لم يظْهر لَهُ مَالٌ.. ....

ثم قال: إن الطرسوسي جعل بدل الخلع من قبيل ثمن المبيع وبدل القرض، لا من قبيل ما يدخل تحت قوله: «لا فيما عدا ذلك»، بل خطأ من جعله من هذا القبيل؛ كصاحب «المختار».

ثم أجاب عنه: بأن بدل الخلع مما التزم بعقد كالمهر؛ فإن الخلع بمال: عقد بإيجاب وقبول.

ويشكل هذا الجواب: ببدل الصلح عن دم العمد؛ فإنهم جعلوا فيه القول قول المديون لا الطالب، مع أنه التزم بالعقد.

وقال الطرسوسي: إن ادّعى المديون أنه لزمه عما ليس بمال، وادعى الدائن أنه ثمن متاع.. لم يذكرها الأصحاب، وينبغي أن يكون القول فيها قول المديون، إلا أن يقيم ربّ الدين البينة.

(**إلا إذا برهن خصمه**) - أي: الطالب - (**أن له مالاً**).. فحينئذٍ يكون القول للطالب بمقتضى حجته.

(**ويحبسه**) شروع في بيان مدة الحبس، (**مدة يغلب على ظنه**) - أي: ظن القاضي - (**أنه لو كان له مال لأظهره، هو الصحيح**)؛ لأن أحوال الناس تتفاوت؛ فمنهم من تضجر في المجلس في مدة قليلة، ومنهم من لا يتضجر في تلك المدة.. فالرأي فيه إلى القاضي.

(**وقيل: شهرين أو ثلاثة**)، أو أربعة أشهر إلى ستة أشهر.

وقيل: شهر واحد، وما دون ذلك عاجل.

(**فإن لم يظهر له مال**) بعد الحبس بتلك المدة.. يسأل جيرانه وأهل خبرته؛ فإن

خَلّى سَبيله، إلا أَن يبرهِن خَصمُهُ على يَسَارِهِ فيؤبّدُ حَبسَهُ.

أخبر واحد ثقة أو الاثنان إعساره (.. خلّى سبيله)؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾، ولا يلزم العدد ولفظ الشهادة في هذه البينة؛ لعدم المنازعة فيها؛ لأنه إخبار لا شهادة، بخلاف البينة فيما أشار إليها بقوله:

(إلا أن يبرهن خصمه على يساره) بعد أن ادّعى المطلوب إعساره؛ فإن العدد ولفظ الشهادة شرط فيها؛ لوجود المنازعة.

(فيؤبد حبسه)؛ لظهور مطله وظلمه، والحبس جزاؤه.

فإن شهد شاهدان على إعساره [١٩١/أ] بعد اليسار.. خلى سبيله، وليس هذا شهادة على النفي؛ لأن الإعسار بعد اليسار أمر حادث، فتكون الشهادة عليه لا على النفي، وإذا أقام البينة على اليسار والإعسار بعده.. فبينة الإعسار أولى؛ لأنه خلاف الأصل؛ لأن الأصل بقاء الشيء بعد حدوثه، فكان الأصل بقاء اليسار بعد حدوثه، والبينات شرعت؛ لإثبات خلاف الأصل؛ إذ الأصل لا يحتاج إلى الإثبات، وإن استحلف المطلوب الطالب على أنه لا يعرف أنه معسر.. حلفه القاضي؛ فإن نكل.. أطلقه، وإن حلف.. أبّد الحبس، على ما في «العناية».

وقال في «فتح القدير»: كلما تعارضت بينة اليسار والعسار.. قدمت بينة اليسار؛ لأن فيها زيادة العلم، اللهم إلا أن يدعي المدعي أنه موسر، وهو يقول: «أعسرت بعده» وأقام البينة.. فإنها تقدم؛ لأن فيها أمراً حادثاً، وهو حدوث ذهاب المال. انتهى.

وقال في «البزازية»: أنكر الزوج كونه موسراً، فجاءت هي برجلين وأخبرا القاضي بيساره.. قبل، بخلاف سائر الديون؛ حيث لا يثبت اليسار فيها بالإخبار، وإن أخبر واحد بيساره.. لا يثبت اليسار وإن عدلا. انتهى.

فعلم منه: أن اليسار قد يثبت بطريق الإخبار، وقد يثبت بطريق الشهادة لا بطريق الإخبار.

وَلَا تسمعُ الْبَيِّنَةُ على إِعْسَاره قبل حَبسه، عَلَيْهِ عَامَّةُ المشايخ.

وَيُحبَسُ الرجلُ لنفقةِ زَوجتِهِ، ....

وفي إطلاق قوله: «خلّى سبيله»: إشارة إلى أنه خلّى سبيله بلا كفيل ولو في مال اليتيم والوقف.

لكنه استثنى منه في «البحر»: مال اليتيم ومال الوقف ومال الغائب؛ حيث قال: خلّى سبيله بلا كفيل إلّا في مال اليتيم والوقف والغائب.. فإنه يأخذ فيها كفيلاً، ثم خلى سبيله.

(**ولا تسمع البينة على إعساره قبل حبسه، وعليه عامة المشايخ**)؛ يعني: لو أخبر واحد ثقة، أو اثنان، أو شهد شاهدان قبل الحبس أنه معسر مفلس لا يعلم له مالاً سوى كسوته التي عليه، وثياب ليله، وقد اختبرنا أمره سراً وعلانية.. ففيه روايتان:

في رواية: تقبل.

وفي رواية «الأصل»: لا تقبل، وعليه عامة المشايخ، وجه هذه الرواية: أن هذه البينة قامت على النفي.. فلا تقبل، إلا إذا تأيدت بمؤيد وأما إذا حبس مدة ومضت مدة الحبس.. فقد تأيدت؛ لأن الظاهر أن القادر على خلاص نفسه من مرارات الحبس لا يتحملها.

ولو قامت البينة على إعساره بعد الحبس قبل مضي مدة الحبس.. ففيه روايتان أيضاً: في

رواية: تقبل.

وفي رواية: لا تقبل، وعليه عامة المشايخ أيضاً.

(**ويحبس الرجل لنفقة زوجته**) [١٩١/ب]؛ أي: للإنفاق عليها؛ لظهور ظلمه بالامتناع عنه، بخلاف النفقة الماضية؛ سواءً سقطت بمضي الزمان، أو لم تسقط بأن حكم الحاكم بها، أو أن يصطلحا عليها.. فإنه لا يحبس فيها.

أما في الساقطة.. فظاهر.

لَا وَالِدٌ فِي دَيْنِ وَلَدِهِ إِلّا إِن أَبى منَ الْإِنْفَاق عَلَيْهِ.

وأما في غير الساقطة.. فلأنها ليست ببدل عن مال، ولا لزمته بعقد. فالقول له مع يمينه فيما إذا قال: «أنا فقير»، إلا إذا برهنت الزوجة على يساره وطلبت حبسه.. فيحبسه القاضي، كذا في «البحر».

(لا والد في دين ولده)؛ أي: لا يحبس والد في دين ولده، وكذا والدة؛ لأن الحبس نوع عقوبة، فلا يستحقه الولد على والده؛ كالحد والقصاص.

(إلا إن أبى) الوالد (من الإنفاق عليه)؛ أي: على الولد إن كان صغيراً على ما في «الخلاصة»؛ لأن في إبائه هذا سعياً في إهلاك ولده فيحبس لدفع هلاكه، ولأن دين النفقة يفوت بمضي الزمان.. فيحبس حتى لا يفوت.

بخلاف سائر الديون؛ فإنها لا تسقط بمضي الزمان.. فلا يخاف الفوات، فلا يحبس فيها.

وكذا حكم الجدات والأجداد وإن علوا، على ما في «الخلاصة» و«التبيين».

ولا يحبس المولى بدينه لعبده المأذون إن لم يكن على العبد دين؛ لأن ماله للمولى، وإن كان عليه دين.. يحبس المولى لحق الغرماء؛ لأنهم أجانب، فلا يمتنع الحبس.

ولا يحبس العبد أيضاً بدينه لمولاه؛ ولأنه لا يجب له عليه دين.

وكذا لا يحبس المولى بدينه لمكاتبه إن كان الدين من حبس بدل الكتابة؛ لوقوع المقاصة به، ولأنه إذا كان من جنسه فقد ظفر بجنس حقه.. فله أخذه.

وأما إذا لم يكن الدين من جنس بدل الكتابة.. فيحبس المولى به؛ لأنه ليس له أن يجعله بالدين إلا برضاه، والمولى بمنزلة الأجنبي عنه بالنسبة إلى هذا الدين، حتى يجب عليه الأرش بالجناية عليه، ويضمن ما أتلف من ماله.. فكذا يحبس بدينه له إذا ظهر مطله.

ولا يحبس المكاتب لمولاه بدين الكتابة؛ لأنه لا يصير ظالماً بالامتناع عن بدل

الكتابة؛ لتمكنه من فسخ الكتابة من غير رضاء مولاه، ويحبس بدين آخر عليه غير الكتابة؛ لأنه يصير ظالماً بمطله؛ إذ لا يقدر على الفسخ في ظاهر الرواية.

وقيل: لا يحبس فيه أيضاً؛ لأنه يقدر على إسقاطه بتعجيز نفسه عن الكتابة.. فيسقط كبدل الكتابة.

وكذا لا يحبس الصبي المحجور على دين الاستهلاك، ولو له مال وعقار إذا لم يكن له أب، ولا وصي والرأي فيه إلى القاضي يأذن ببيع بعض ماله للإيفاء، وإن كان أب أو وصي.. فإنه يحبس الأب والوصي [١٩٢/أ] إذا امتنع من قضاء دينه، ولا يحبس الصبي إلا بطريق التأديب، كذا في «الخلاصة».

وقال في «البحر»: إنّ من لا يحبس تسعة:

الأول: الأصل في دين فرعه وإن علا.

الثاني: المولى في دين عبده المأذون غير المديون، وإن كان مديوناً.. يحبس؛ كلحق الغرماء.

الثالث: العبد لا يحبس بدين مولاه.

الرابع: المولى لا يحبس بدين مكاتبه إن كان من جنس بدل الكتابة؛ لوقوع المقاصة، وإلّا.. يحبس؛ لتوقفها على الرضاء.

الخامس: لا يحبس المكاتب بدين الكتابة، وإن كان ديناً آخر.. يحبس به للمولى، ومنهم من منعه؛ لأنه يتمكن من إسقاطه بالتعجيز، وصححه في «المبسوط»، وعليه الفتوى.

السادس: لا يحبس صبي على دين الاستهلاك، ولو له مال من عروض وعقار إذا لم يكن له أب ولا وصي، والرأي فيه إلى القاضي فيأذن في بيع بعض ماله للإيفاء، وإن امتنع الأب والوصي عن أداء دينه من ماله.. حبس الأب أو الوصي.

وَلَو مرضَ فِي الْحَبْسِ.. لَا يُخرَجُ إِن كَانَ لَهُ من يَخْدِمُهُ فِيهِ.

وإِلّا.. أُخرجَ.

وَلَا يُمكَّنُ المحترفُ منِ اشْتِغَالِهِ فِيهِ، هُوَ الصَّحِيحُ.

وَيُمكَّنُ من وَطْءِ جَارِيَتِهِ إِن كَانَ فِيهِ خلْوَةٌ.

وَإِذا تمَّتِ الْمدَّةُ وَلم يظْهرْ لَهُ مَالٌ.. خلّى سَبيلَهُ، ....

السابع: إذا كان للعاقلة عطاء.. لا يحبسون في دية وأرش، ويؤخذ من العطاء، وإن لم يكن لهم عطاء.. يحبسون؛ كذا في «البزازية».

الثامن: المديون لا يحبس إذا علم القاضي أن له مالاً غائباً.

التاسع: إن المديون لا يحبس إذا علم القاضي أنّ له محبوساً موسراً. انتهى.

(**ولو مرض في الحبس.. لا يخرج إن كان له من يخدمه فيه**)؛ لأن الحبس شرع لتضجر قلبه، فيسارع إلى قضاء الدين، وبالمرض يزداد الضجر.

(**وإلا.. أخرج**)؛ لاحتمال الهلاك إذا لم يكن له من يمرضه، وهو ليس بمستحق عليه.

(**ولا يمكّن المحترف من اشتغاله**) لحرفته (**فيه هو الصحيح**)؛ أي: في الحبس ليتضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه.

(**ويمكّن من وطء جاريته**)، وكذا وطء امرأته على ما في «الخلاصة».

(**إن كان فيه خلوة**)، وإلّا.. فلا؛ لأنه غير ممنوع عن قضاء شهوة البطن والفرج.

وعن أبي حنيفة: إن قضاء شهوة الفرج ليس من أصول الحوائج.. فتمنع عنه، بخلاف قضاء شهوة البطن.

ولا يمنع عن دخول أهله وجيرانه عليه؛ ليشاورهم لقضاء دينه، لكن يمنعون من طول مكثهم عنده، وقد ذكرناه.

(**وإذا تمت المدة ولم يظهر له مال.. خلّى سبيله**)، وقد مرّ من قبل.

وَلَا يُحولُ بَينَه وَبَين غُرَمَائه، بل يلازمونَهُ، وَلَا يمنعونَهُ من التَّصَرُّفِ وَالسّفرِ، وَيَأْخُذُونَ فضلَ كَسبِهِ، وَيُقسم بَينَهُمْ بِالْحِصَصِ.

والملازمةُ: أنْ يدوروا مَعَهُ حَيْثُ دَارَ؛ فإِنْ دخلَ دَارَهُ.. جَلَسُوا على الْبَابِ.

وَلَو كَانَ الدّينُ لرجلٍ على امْرَأَةٍ.. لَا يلازمُها، بل يبْعَثُ امْرَأَةً تلازمُها.

وَقَالا: إذا فَلَّسهُ الْحَاكِمُ.. يحولُ بَينَهُ وَبَينَ غُرَمَائِهِ إِلَى أنْ يُبرهِنُوا أنَّ لَهُ مَالاً.

(ولا يحول بينه وبين غرمائه)؛ أي: بعد الخروج من الحبس (بل يلازمونه) على ما سيأتي من معنى الملازمة.

(ولا يمنعونه من التصرف والسفر، ويأخذون فضل كسبه، ويقسم بينهم بالحصص).

ثم شرع في بيان معنى الملازمة فقال: (والملازمة أن يدوروا معه حيث دار؛ فإن دخل [١٩٢/ب] داره.. جلسوا على الباب) إلى أن يخرج ، ولا يدخلون معه الدار، إلا إن أذن الدخول.

(ولو كان الدين لرجل على امرأة.. لا يلازمها) لما فيها من الخلوة بالأجنبية، (بل يبعث امرأة تلازمها)؛ لتتضجر بها.

(وقالا: إذا فلسه الحاكم.. يحول بينه وبين غرمائه إلى أن يبرهنوا أن له مالاً)؛ لأن القضاء بالإفلاس عندهما يصح، فتثبت العسرة، ويستحق النظرة إلى الميسرة.

وعند أبي حنيفة: لا يتحقق القضاء بالإفلاس؛ لأن مال الله تعالى غادٍ ورائح، ولأن وقوف الشهود على المال لا يتحقق إلّا ظاهراً.. فيصلح للدفع لا لإبطال حق الملازمة.

* * *

(فصلٌ)

إِذا شهدُوا عِنْدَ القَاضِي على خصمٍ حَاضرٍ.. حَكَمَ بهَا،..................

(فَصْلٌ)

فِي كِتَابِ القَاضِي إِلَى القَاضِي

وهو جائز استحساناً؛ لحاجة الناس إليه.

(إذا شهدوا عند القاضي على خصم حاضر).

قال في «النهاية» و«العناية»: ليس المراد بالخصم ههنا: المدعى عليه، بل المراد به: هو الوكيل على الغائب، أو من جعله القاضي وكيلاً عنه؛ لإثبات الحق؛ لأنه لو كان المراد به هو المدعى عليه نفسه.. لما احتيج إلى كتاب القاضي إلى آخر؛ لأن حكم القاضي قد تمّ.

ويرد عليه: أنّ على تقدير كون المراد به وكيل الغائب.. لا يحتاج إلى كتاب قاض آخر أيضاً، بل يكفي ثبوت مضمون السجل المكتوب على وجه الوكيل على ما صرّح به في «التبيين»؛ حيث قال: إنِ الحكمُ قد تم بحضور الخصم بنفسه، أو من يقوم مقامه.. فلا يحتاج إلى كتاب الحكم إلى قاضٍ آخر، وبه صرح في بعض الحواشي أيضاً.

وقد يقال: إن ذكر هذا الشق ليس مقصوداً بالذات ههنا، بل إنما ذكر لمجرد التوطئة للشق الثاني، أو لبيان أن هذا الكتاب سمّي باسم السجل، لا لأنه يكتب إلى قاض آخر على ما صرح به في «الكفاية».

أو يقال: إن المدعى عليه إذا غاب بعد الحكم عليه، وجحد ولم يسلم حقه؛ فطلب المدعي من القاضي كتاب حكمه إلى قاضي بلدة فيها خصمه؛ لتسليم حقه إليه وينفذ حكمه.. فإنه حينئذ يحتاج إلى كتاب قاض آخر على ما في «الزيلعي» وشرح «المجمع».

(حكم بها)؛ أي: بالشهادة لوجود الحجة.

وَكتب بالحكم وَهُوَ السّجِلُّ.

وَإِن شهدُوا على الْغَائِب.. لَا يحكمُ، بل يكْتبُ بهَا ليحكمَ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ، وَهُوَ كتابُ القَاضِي إِلَى القَاضِي، وَالْكتابُ الْحكمِيُّ، وَهُوَ نقلُ الشَّهَادَةِ فِي الْحَقِيقَة.

(**وكتب بالحكم**) بأن يقول: «حكمت أو ثبت عندي».

(**وهو**)؛ أي: هذا الكتاب (**السجل**)؛ لأن السجل لا يكون إلّا بعد الحكم.

(**وإن شهدوا على غائب.. لا يحكم**)؛ لأن القضاء على الغائب.. لا يجوز عندنا.

(**بل يكتب بها**)؛ أي: بالشهادة (**ليحكم**) القاضي (**المكتوب إليه، وهو كتاب القاضي إلى القاضي والكتاب الحكمي**).

واعلم: أن كتاب القاضي إلى القاضي نوعان:

أحدهما: يسمى سجلاً وهو المذكور أولاً.

والثاني: يسمى الكتاب الحكمي، وهو المذكور ثانياً، والفرق بينهما:

أن **الأول** [١٩٣/أ] إذا وصل إلى المكتوب إليه.. ليس له إلا التنفيذ، وافق مذهبه أو لا؛ لاتصال الحكم به.

والثاني: إذا وصله.. نفذه إن وافق مذهبه، وإلا.. فلا؛ لعدم اتصال الحكم به، بل هو ابتداء حكم على ما في «العناية» وغيرها.

وعلى هذا: ففي قوله: «وهو كتاب القاضي إلى القاضي» اشتباه.

(**وهو**)؛ أي: الكتاب الحكمي: (**نقل الشهادة في الحقيقة**)؛ أي: لا الحكم؛ لأن القاضي الكاتب لم يحكم بهذه الشهادة، وإنما نقلنا للمكتوب إليه ليحكم بها، ولهذا يحكم المكتوب إليه بها إن وافق مذهبه، وإلا.. فلا.

بخلاف السجل؛ فإنه ليس له أن يخالفه، وإنما ينفذه، وافق مذهبه أو لا.

وَيقبلُ فِي كل مَا لَا يسْقطُ بِالشُّبْهَةِ كَالدّينِ، وَالْعَقارِ، وَالنِّكَاحِ، وَالنّسبِ، وَالْغَصْبِ، وَالْأَمَانَةِ، وَالْمُضَاربَةِ المجحودتين.

وَعَن مُحَمَّدٍ: قبُولُهُ فِي كلِّ مَا يُنْقلُ، وَعَلِيهِ الْمُتَأَخّرُونَ، وَبِه يُفْتى.

(**ويقبل**) كتاب القاضي إلى القاضي (**في كل ما لا يسقط بالشبهة**)، احترز به عن الحد والقصاص؛ لأنها تندرئ بالشبهات.

وفي كتاب القاضي إلى القاضي زيادة شبهة؛ لأن كتابته لا تكون أقوى من عبارته، وهو لو أخبر القاضي الآخر في محله.. لم يعمل بخبره، فكتابته أولى؛ لأنه قد يزوّر، وإنما جوزناه استحساناً؛ لحاجة الناس إليه.

(**كالدين**)؛ فإنه يعرف بالقدر والوصف، ولا يحتاج فيه إلى الإشارة؛ لأن الدين مما يثبت بالشبهات، ولا يحتاج فيه إلى الإشارة.

(**والعقار**)؛ لما ذكرناه في الدين.

(**والنكاح**)؛ بأن ادعى رجل نكاحاً على امرأة أو بالعكس، وأرادَ كتابَ القاضي إلى القاضي، وكذا الطلاق والعتاق والإيصاء والوصية والشفعة والوكالة والوراثة والوفاة والقتل الذي موجبه المال لا القصاص؛ فإن كتاب القاضي إلى القاضي.. يقبل في كلها لما ذكرناه في الدين.

(**والنسب**) من الحي أو الميت.

(**والغصب والأمانة والمضاربة المجحودتين**)؛ لأنهما بمنزلة الدين في عدم الاحتياج إلى الإشارة عند الدعوى.

قيّد بالجحود؛ لأنه عند الإقرار بمنزلة الأعيان المنقولة، فلا تقبل في ظاهر الرواية؛ للحاجة إلى الإشارة إليها عند الدعوى والشهادة.

(**وعن محمد: قبوله في كل ما ينقل**) من العبيد والإماء، (**وعليه المتأخرون، وبه يفتى**)؛ لضرورة الحاجة، وهو قول مالك وأحمد والشافعي.

وقال أبو حنيفة ومحمد في رواية أخرى عنه: إنه لا يقبل في الأعيان المنقولة

وَلَا بُدَّ أَنْ يكون إِلَى مَعْلُومٍ؛ بِأَنْ يَقُولَ: من فلَانٍ إِلَى فلَانٍ، وَيذكرُ نسبَهُمَا؛ ....

مطلقاً؛ للحاجة إلى الإشارة إليها عند الدعوى والشهادة، واستحسنه أبو يوسف في العبيد؛ لكثرة إباقه فتمس الحاجة إلى الكتاب دون الإماء لقلة إباقها.

وعنه: أنه تقبل فيهما بشرط أن يحلف المدعي أن له عبداً آبقاً، وهو اليوم في يد فلان، ويعرف العبد غاية التعريف باسمه وصفته ونسبه، ويكتب القاضي: أنّه [١٩٣/ب] شهد عندي فلان وفلان بأن العبد الهندي الذي يقال له فلان حليته كذا، وقامته كذا، وسنّه كذا، وقيمته كذا: ملك فلان المدعي هذا، وقد أبق إلى بلدة كذا، وهو اليوم عند فلان بغير حق.

وإذا وصل الكتاب إليه وثبت عنده أنه من عند الكاتب.. سلم العبد إلى المدعي من غير أن يقضي له بالملك؛ لأن شهود الملك لم يشهدوا بحضرة العبد، ويأخذ كفيلاً من المدعي بنفس القيد، ويجعل خاتماً من رصاص في عنق العبد؛ كيلا يتهم المدعي بالسرقة، ويكتب كتاباً إلى القاضي الأول الذي كتبه إليه، ويشهد شاهدين على كتابه وختمه، وعلى ما في الكتاب؛ فإذا وصل الكتاب إلى القاضي الأول ويشهد الشهود أن هذا كتابه وختمه.. أمر المدعي أن يحضر شهوده الذين شهدوا عنده، فيعيدوا الشهادة بالإشارة إلى العبد أنه ملكه؛ فإذا شهدوا.. حكم به، وكتب إلى المكتوب إليه أولاً بما ثبت عنده؛ ليبرأ كفيله.

والجارية؛ كالعبد فيما ذكرناه، إلا أنه لا يسلمها للمدعي، بل يبعثها مع أمين معه؛ لئلا يظنها قبل القضاء بالملك له زاعماً أنها ملكه.

(**ولا بد أن يكون**) الكتاب (**إلى**) قاض (**معلوم**) من قاض معلوم اسمه؛ (**بأن يقول**) في الكتاب: (**من فلان**) القاضي (**إلى فلان**) القاضي، (**ويذكر**) في الكتاب (**نسبهما**)؛ أي: نسب القاضي الكاتب والمكتوب إليه؛ كما يذكر اسمهما، وإن لم يذكر اسمهما ونسبهما.. لم يجز الكتاب.

فَإِن شَاءَ.. قَالَ بعده: وَإِلَى كلِّ مَن يصلُ إِلَيْهِ من قُضَاةِ الْمُسلمينَ، ....

ولو كتب اسم القاضي الكاتب ونسبه ولم يكتب اسم المكتوب إليه ونسبه، ولكنه كتب إلى من بلغ كتابي هذا من قضاة المسلمين.. لا يجوز عندهما.

وجوّزه أبو يوسف، وعليه عمل الناس اليوم.

ولو كتب اسم المكتوب إليه ونسبه بعد كتابته اسم القاضي الكاتب ونسبه، ثم كتب: «وإلى كلّ من يصل إليه كتابي هذا من قضاة المسلمين».. جاز بالإجماع، على ما في «الخلاصة» و«البزازية»، وإليه أشار بقوله:

(فإن شاء.. قال بعده)؛ أي: بعد ذكر اسمهما ونسبهما: **(وإلى كلّ من يصل إليه)** كتابي هذا **(من قضاة المسلمين)**.

وينبغي أن يذكر أسماء شهود الحادثة وأنسابهم أيضاً، ولو اكتفى بقوله: فأقام شهوداً عدولاً، أو سألت عنهم فعدلوا.. جاز ذلك على ما في «قاضي خان».

ويذكر اسم المدعي والمدعى عليه، وأنسابهما أيضاً، والنسبة إلى الأب تكفي عندهما، ولا بد من النسبة إلى الجد عند أبي حنيفة.

ومحمد مع أبي حنيفة في رواية شرح «الجامع الصغير».

وإن لم ينسبه إلى الجد، لكن نسبه إلى القبيلة؛ إن كان أدنى القبائل.. فهو كاف، وإن نسبه إلى أعلى الأفخاذ فقال: «تميمي».. فهو بمنزلة ما لو قال «بخاري».. فلا تحصل [١٩٤/أ] به المعرفة.

ولو لم ينسبه إلى الجد، ولا إلى القبيلة، لكن نسبه إلى الحرفة.. لا يكفي عند أبي حنيفة، وعندهما: إن كان معروفاً بتلك الصناعة.. يكفي على ما في «الخلاصة».

وينبغي أن يكون داخل الكتاب اسمَي القاضي الكاتب والمكتوب إليه ونسبهما، وعليه عنوان الظاهر أيضاً، والاعتبار إلى عنوان الباطن، حتى لو جاء بكتاب عليه اسمهما ونسبهما في عنوان الظاهر دون الباطن.. لا يقبل، ولو كان على العكس.. يقبل.

ويقرؤُهُ على من يُشهدُهُم عَلَيْهِ، وَيُعلمُهُم بِمَا فِيهِ، وَتَكونُ أَسمَاؤُهُم دَاخِلَةً، ويختُمه بحضرَتِهِم، ويحفَظُوا مَا فِيهِ، ويسلِّمُهُ إِلَيْهِم.

وَأَبُو يُوسُفَ لم يشْتَرط شَيْئاً من ذَلِك ....

وأبو يوسف جوز عنوان الظاهر فقط، والاحتياط ما قالاه؛ لاحتمال التبديل في عنوان الظاهر بدون الباطن على ما في «الفتاوى».

ولا بد أن يكتب في الكتاب: التاريخ أيضاً، حتى لو لم يكتبه.. لا يقبل بمجرد شهادة الشهود (**ويقرؤه**) القاضي الكاتب كتابه الذي كتبه على الوجه الذي ذكرناه، (**على**) وجه (**من يشهدهم**) القاضي، هو من الإشهاد، «هم» راجع إلى «مَن» باعتبار معنى الجمع (**عليه**) أي: على كتابه هذا، يعني به: شهود الطريق.

(**ويعلمهم**) من الإعلام أي: ويعلم القاضي الكاتب لشهود الطريق (**بما فيه**) أي: في كتابه، (**وتكون أسماؤهم**) أي: أسماء شهود الطريق، وكذا أنسابهم كشهود الحادثة (**داخلة**) أي: داخل الكتاب؛ لأن كونه كتاب القاضي الفلاني لا يثبت بمجرد الشهادة.

(**ويختمه بحضرتهم**) أي: حضرة شهود الطريق.

(**ويحفظوا**) أي الشهود (**ما فيه**) أي: إلى وقت الأداء.

(**ويسلمه**) أي: القاضي الكاتب (**إليهم**) أي إلى شهود الطريق؛ لئلا يتوهم عليه التغيير.

وعند أبي حنيفة: يسلمه إلى المدعي، وعليه عمل القضاة اليوم على ما في «الكفاية».

(**وأبو يوسف لم يشترط شيئاً من ذلك**) أي: من ذكر اسم المكتوب إليه ونسبه والقراءة عليهم وتعليمهم بما فيه وختمه عندهم وحفظهم ذلك إلى وقت الأداء.. بل جوّز أن يكتبه ابتداء بعد ذكر اسم الكاتب ونسبه إلى كل من يصل إليه كتابي هذا على ما ذكرناه.

سوى شهادتهم أَنَّه كِتَابُهُ لمّا ابْتُلِيَ بِالْقضَاءِ.

وَاخْتَارَ السَّرخسِيُّ قَوْلَهُ، وليس الخَبَرُ كالعِيانِ.

وَإِذا وصلَ إِلَى الْمَكْتُوبِ.. ينظرُ إِلَى خَتمِهِ، وَلَا يقبلُهُ إِلّا بِحَضْرَةِ الْخصمِ، ....

(سوى إشهادهم أنه كتابه) في رواية، واشتراط الخاتم في رواية على ما سيصرح به (لما) بمعنى: حين أي: حين (ابتلي بالقضاء)؛ تسهيلاً على الناس.

(واختار السرخسي قوله، وليس الخبر كالعيان) فينبغي أن يشترط في الخبر ما لا يشترط في العيان.. فالاحتياط فيما قال الإمامان - وهو قول أبي يوسف أولاً -: من زيادة اشتراط كون الكاتب والمكتوب إليه معلوماً اسماً ونسباً وغيرهما من الأمور المذكورة؛ لأن الكتاب الحكمي من قبيل الخبر لا العيان[1].

(وإذا وصل) الكتاب (إلى المكتوب إليه.. ينظر إلى ختمه، ولا يقبله إلا بحضرة الخصم)؛ لأن ذلك بمنزلة أداء [١٩٤/ب] الشهادة، وذلك لا يكون إلّا بحضرة الخصم.. فكذلك هذا.

بخلاف سماع القاضي الكاتب؛ فإنه جاز بغيبة الخصم؛ لأنه ليس للحكم، بل للنقل فكان جائزاً، وإن كان بغيبته.

وفي «شرح الأقطع» عن أبي يوسف: أنه يقبله من غير حضور الخصم؛ لأنه يختص بالمكتوب إليه، فكان له أن يقبله، والحكم بعد ذلك بعمله من الكتاب، فحضور الخصم معتبر عند الحكم به.

وفي «الخلاصة»: يسأل المكتوب إليه الشهود عن القاضي الكاتب: أهو عدل؟ ليكون أبعد عن الخلاف.

---

(١) رحم الله الشارح فقد ذهب بعيداً في شرح قول الماتن: «وليس الخبر كالعيان»؛ بل المعنى: أن أبا يوسف قبل أن يبتلى بالقضاء ويعاني ما فيه.. قال مثل ما قالا، وبعد أن عاين القضاء وابتلي به.. قال: جميع ذلك ليس بشرط. انظر «مجمع الأنهر» (٢/ ١٦٦).

وبِشهادةِ رجلَيْنِ، أَو رجلٍ وَامْرَأَتَيْنِ: أَنَّهُ كتابُ فلَانٍ القَاضِي قَرَأَهُ علينا، وختَمَهُ، وَسلَّمَهُ إِلَيْنَا فِي مجْلِسِ حكمِه.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: أنَّه كتابُ فلَانٍ وختمُه.

وَعنهُ: أنَّ الْخَتْمَ لَيْسَ بِشَرْط.

فَإِذا شهدُوا.. فَتحَهُ، وقرأَه على الْخصم، وألْزمَهُ بمَا فِيهِ.

(وبشهادة رجلين أو رجل وامرأتين)؛ أما اشتراط الحجة التامة.. فلأنه ملزم، ولا إلزام بدونها.

وأما قبول رجل وامرأتين.. فلأنه حق لا يسقط بالشبهات، فيقبل كما في سائر الحقوق.

(أنه: كتاب فلان القاضي قرأه علينا، وختمه، وسلمه إلينا في مجلس حكمه) هذه الشهادة على قولهما.

(وعند أبي يوسف): شهدوا (أنه كتاب فلان وختمه، وعنه: أن الختم ليس بشرط)؛ لما مر من عدم اشتراط الأمور المذكورة؛ تسهيلاً على الناس.

وقال بعض مشايخنا: إن كان الكتاب في يد المدعي.. يفتى باشتراط الشهادة بالختم، وإن كان في يد الشهود.. يفتى بعدم الاشتراط.

(فإذا شهدوا.. فتحه) ولم يذكر اشتراط ظهور عدالتهم «الفتح»، وهو اختيار القدوري.

وذكر الخصاف وصححه في «الهداية» وجزم به في «الخلاصة»: أنه يفتح بعد ظهور العدالة؛ لأنه إذا لم يظهر العدالة.. ربما احتاج المدعي إلى زيادة الشهود، وإنما يمكنهم أداء الشهادة حال قيام الختم يشهدوا أن هذا كتاب فلان القاضي وختمه، وأما إذا فك الخاتم.. فلا يمكنهم ذلك.

(وقرأه على الخصم، وألزمه بما فيه) بحكم الشهادة.

وَيَبْطـلُ الْكتـابُ بِمَـوْتِ الْكَاتِـبِ وعزلِـهِ قبَـل وُصُـولِ الْكتـابِ، وبمـوتِ الْمَكْتُوبِ إِلَيْـهِ، إِلّا إِنْ كتـبَ بعـدَ اسْـمِهِ: وَإِلَـى كـلِّ مـن يصـلُ إِلَيْـهِ مـن قُضَـاةِ الْمُسلمينَ.

(ويبطل الكتاب بموت الكاتب أو عزله) أو خروجه عن أهلية القضاء بجنون أو إغماء أو فسق إذا تولى وهو عدل، ثم فسق عند بعض المشايخ.

(قبل وصول الكتاب) إلى القاضي المكتوب إليه أو بعد الوصول إليه قبل القراءة.

وأما بعدها.. فلا يبطل كما في «البحر».

وقال أبو يوسف في رواية - وهو قول الشافعي -: لا يبطل؛ لأنه بمنزلة الشهادة على الشهادة؛ لأنه بكتابه ينقل الشهادة، والنقل قد يتم بالكتاب، فكان بمنزلة شهود الفروع إذا ماتوا بعد أداء الشهادة قبل القضاء، وإنه لا يمنع القضاء.

قلنا: إن هذا النقل له حكم القضاء؛ بدليل: أنه لا يصح إلا من القاضي، ولم يشترط فيه العدد ولفظة الشهادة، ووجب على الكاتب هذا النقل لسماع البينة، فيكون قضاء، لكنه [١٩٥/أ] غير تام؛ لأن تمامه بوجوب القضاء على المكتوب إليه، ولا يجب عليه إلا بعد وصوله إليه وقراءته عليه، فبطل؛ كما في سائر الأقضية إذا مات القاضي أو عزل أو خرج عن الأهلية قبل إتمام القضاء.

ويبطل أيضاً (بموت المكتوب إليه) قبل القضاء.

وقال الشافعي: لا يبطل بموت المكتوب إليه، بل يعمل به من كان قائماً مقامه في القضاء.

قلنا: إن الكاتب اعتمد على علم الأول وأمانته، والقضاة يتفاوتون في أداء الأمانة، فصاروا كالأمناء في الأموال، وهناك قد لا يعتمد على كلّ أحد، فكذا ههنا.

(إلا إن كتب بعد اسمه: وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين)؛ لأنه أتى بما هو شرط، وهو أن يكون من معلوم إلى معلوم، ثم يصير غيره تبعاً له، ولا يضر ذلك.

لَا بِمَوْتِ الْخصمِ، بل ينفذُ على وَارِثِهِ.
وَإِذا علَم القَاضِي بِشَيْءٍ مِن حُقُوقِ الْعبادِ فِي زمنِ وِلَايَته ....

نعم، لو قال أولاً: من فلان بن فلان قاضي بلد كذا إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين بلا كتب اسم المكتوب إليه.. لا يجوز على ما تقدم؛ لفقد الشرط وهو من معلوم إلى معلوم، وهذا من معلوم إلى مجهول، هذا عند أبي حنيفة ومحمد.

وجوّزه أبو يوسف حين ابتلي بالقضاء تسهيلاً على الناس.

(لا) يبطل (**بموت الخصم، بل ينفذ على وارثه**) لقيامهم مقامه؛ سواء كان تاريخ الكتاب قبل موته أو بعده، على ما في «العناية».

ولو مات المدعي.. ينبغي أن لا يبطل أيضاً، على ما في «الزيلعي»؛ لما ذكرناه.

وكما يجوز كتاب القاضي إلى القاضي.. كذلك يجوز كتاب القاضي إلى الأمير الذي ولاه، لكنه إن كان في مصره معه.. اقتصر على قوله: أصلح الله أمير الأمير، ثم قصّ القصة، ولا يكتب أكثر من ذلك.

وإن كان في مصر آخر.. فلا بد من ذكر الاسم والنسبة والخصم والشهادة، كما في كتاب القاضي إلى القاضي؛ للتعرف، كذا في «الزيلعي».

(**وإذا علم القاضي بشيء من حقوق العباد**) بأن شاهد أنه غصب، أو طلّق امرأته، أو قتله عمداً، أو خطأ، أو قذفه، ونحوها.. فإنه يجوز له القضاء بمجرد علمه حال قضائه، واحترز بغير حقوق العباد عن حقوق الله تعالى الخالصة؛ كحد الزنا وشرب الخمر.. فإنه لا يقضي فيها بمجرد علمه، إلا إذا أتي بالسكران، لكنه يعزره، كذا في «الخلاصة» و«البزازية».

(**في زمن ولايته**)، احترز به عما إذا علم قبل زمن قضائه بحادثة من حقوق العباد، ورفعت تلك الحادثة إليه في زمن قضائه.. لا يجوز قضاؤه فيها بمجرد علمه عند أبي حنيفة ومحمد، وجوّزه أبو يوسف، كذا في «التجريد».

ومحلِّها.. جَازَ لَهُ أَن يقْضِيَ بِهِ.

(و) في (محلها)، احترز به عمّا إذا علم حادثة من حقوق العباد في غير مصره الذي تولى فيه، ثم حضر مصره [١٩٥/ب] الذي تولاه، فرفعت تلك الحادثة إليه.. لا يجوز قضاؤه فيها بمجرد علمه عندهما، خلافاً لأبي يوسف أيضاً.

(جاز له أن يقضي) لمجرد علمه (به)؛ بناء على أن المقصود من الشاهد حصول العلم بالقاضي، وقد حصل ذلك.

ولو علم في رستاق مصره.. فعندهما: يقضي بمجرد علمه، واختلفوا على قول أبي حنيفة؛ سواء كان مقلداً على الرساتيق أو لا؛ بناء على أن القضاء في القرية والمفازة لا ينفذ عند أبي حنيفة.

ولو علم حادثة وهو قاض في مصره، ثم عزل عن القضاء، ثم أعيد على القضاء بعد ذلك.. فعند أبي حنيفة: لا يقضي، وعندهما: يقضي على ما في «الخلاصة».

قال في قضاء «الأشباه»: الفتوى على عدم العلم بعلم القاضي في زماننا، كما في «جامع الفصولين».

وفي «الخلاصة»: القاضي يقضي بعلمه في القصاص وحدّ القذف، لا في غيره من الحدود.

ولم يذكر المصنف المسافة بين القاضيين؛ لما فيها من الاختلاف؛ ففي ظاهر الرواية: أنه لا بد من مسيرة ثلاثة أيام؛ كالشهادة على الشهادة.

وجوزها محمد وإن كانا في مصر واحد.

وعن أبي يوسف: إن كان في مكان لو غدا لأداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله.. صح الكتابة والإشهاد.

وفي «السراجية»: وعليه الفتوى،كذا في «البحر».

فقد تقدم: أن الفتوى على قول أبي يوسف في كل ما يتعلق بالقضاء.

* * *

(فَصْلٌ فِي قَضَاءِ المَرْأَةِ)

وَيجوزُ قَضَاءُ الْمَرْأَة فِي غيرِ حدٍّ وقَوَدٍ.

وَلَا يسْتَخْلفُ قاضٍ إِلّا أنْ يُفَوَّضَ إِلَيْهِ ذَلِك.

بِخِلَافِ الْمَأْمُورِ بِالْجمعَةِ...

(فَصْلٌ فِي قَضَاءِ المَرْأَةِ)

(**ويجوز قضاء المرأة**) في كل حق (**غير حد وقود**)؛ لما تقدم: أن حكم القضاء يستقى من الشهادة؛ فكل من كان أهلاً لها.. فبهما؛ لما في شهادتهما شبهة البدلية عن الرجل.

وفي «البحر»: يجوز قضاء المرأة، ولكن يأثم المولّي لها؛ مستدلاً بحديث البخاري: «لم يفلح قوم ولُّوا أمرهم امرأة».

وفي «الخلاصة»: لو قضت المرأة في الحدود والقصاص، فرفع إلى قاض آخر فأمضاه.. ليس لغيره أن يبطله.

بخلاف الصبي أو العبد أو النصراني؛ فإنه إذا استقضي واحد منهم فقضى.. لا يجوز وإن أمضاه قاض آخر.

وأما الخنثى.. يصح قضاؤه بطريق الأولى، وينبغي أن لا يصح في الحدود والقصاص؛ لشبهة الأنوثة.

(**ولا يَستخلِفُ قاض**) أي لا ينصِّبُ نائباً للقضاء بعذر وبغير عذر، كما في «العناية».

(**إلا أن يفوض إليه ذلك**) أي: الاستخلاف؛ لأنه إنما قلّد إليه القضاء دون التقليد بالقضاء، فصار كالوكيل حيث لا يجوز له التوكيل بدون الإذن من الموكل.

(**بخلاف المأمور بالجمعة**)؛ حيث يجوز له استخلاف للخطبة والصلاة ابتداء

وَإِذا اسْتَخْلَفَ الْمُفَوَّضُ إِلَيْهِ.. فنائبُهُ لَا يَنْعَزِل بعزلِهِ وَلَا بِمَوْتِهِ، بل هُوَ نَائِبُ الأَصْلِ.

وبعدما أحدث، في الصلاة وقبل الشروع فيها، بعد أداء الخطبة؛ لأن الجمعة مؤقتة فتفوت بفوات [١٩٦/أ] وقته، فكان الإذن بها إذناً بالاستخلاف.

بخلاف القضاء؛ لأنها غير مؤقتة، فلا يخاف الفوات، وقد تقدم تفصيله في باب صلاة الجمعة، فارجع إليه.

(**وإذا استخلف المفوض إليه.. فنائبه لا ينعزل بعزله**)؛ لأنه صار قاضياً من جهة الخليفة.. فلا يملك الأول عزله؛ كالوكيل إذا أذن له الموكل بالتوكيل فوكل آخر؛ فإنه صار وكيلاً عن الموكل، حتى لا يملك الوكيل عزله، إلا أن يقول الخليفة له: ولّ من شئت واستبدل من شئت، فيملك الأول عزله.

وإذا قال الخليفة: جعلتك قاض القضاة.. كان إذناً له بالاستخلاف والعزل دلالة؛ لأن قاضي القضاة هو الذي يتصرف في القضاة تقليداً وعزلاً، على ما في «العناية».

(**ولا بموته**) لما ذكرناه، وإنما ينعزل بموت الخليفة كما عزل القاضي به، ووكيل الوكيل بموت الموكل الأول.

(**بل هو نائب الأصل**)؛ لكونه مأذوناً من جهته.

فإن قيل: ما الفرق بين الوصي والقاضي والوكيل؛ حيث إن الوصي يملك التفويض إلى غيره توكيلاً وإيصاءً، بخلاف القاضي والوكيل، مع أن كلا منها مفوض إليه من جهة الغير؟

أجيب عنه: بأن أوان وجوب الوصاية ما بعد الموت، وقد يعجز الوصي عن الجري على موجب الوصاية، ولا يمكنه الرجوع إلى الموصي، فيكون الموصي راضياً باستعانته من الغير، ولا كذلك القضاء والتوكيل.

وَغيرُ الْمُفَوَّضِ إِن قضى نَائِبُهُ بِحَضْرَتِهِ، أَو بغيبتِهِ، فَأَجَازَهُ.. جَازَ، كَمَا فِي الْوكَالَة.

وَإِذا رُفِعَ إِلَى القَاضِي حُكمُ قاضٍ آخرَ فِي أَمرٍ اخْتُلِفَ فِيهِ فِي الصَّدْرِ الأَوَّلِ ....

هذا، وهل يكون للمفوض إليه الاستخلاف قبل الوصول إلى محل قضائه كما يملكه بعده؟

ففي «البحر»: وظاهر إطلاقهم: أن المأذون له بالاستخلاف صريحاً أو دلالة يملكه قبل الوصول إلى محل قضائه، كما يملكه بعده، وقد جرت عادتهم إذا ولّوا السلطان قضاء بلدة بعيدة: بإرسال خليفة يقوم مقامهم إلى حضورهم، هكذا ذكره.

ثم نقل عن «شرح أدب القاضي» للخصاف: ما يفيد أن القاضي لا يملك الاستخلاف قبل وصوله إلى محل عمله.

ثم نقل عن ذلك الشرح أيضاً: ما يفيد ترجيح ما ذكره أولاً؛ من أنه يملك الاستخلاف قبل الوصول إلى محل قضائه وبعده.

(وغير المفوض) إليه (أن قضى نائبه) أي: إن استخلف غير المفوض إليه وقضى نائبه (**بحضرته أو بغيبته فأجازه.. جاز**) قضاء النائب إذا كان من أهل القضاء؛ بأن لا يكون رقيقاً أو محدوداً في قذف أو كافراً أو مجنوناً؛ لأنه حضره أي: الأول (**كما في الوكالة**) حيث نفذ توكيل الوكيل، بلا إذن التوكيل في حضرته أو بغيبته [١٩٦/ب]، بعد أن أجازه؛ لما ذكرناه.

(**وإذا رفع**) إلى القاضي (**حكم قاض آخر**) - أطلقه فشمل: ما وافق رأي القاضي المرفوع إليه، وما خالفه لرأيه، كذا في «البحر» - (**في أمر اختلف فيه الصدر الأول**) أي: الصحابة، على ما في «العناية» و«غاية البيان»: يعني أن الاختلاف الذي يجعل المحل مجتهداً فيه: هو الاختلاف الذي كان بين الصحابة، لا الاختلاف الذي كان وقع بعدهم، حتى لو اختلف الشافعي والمالكي في حادثة.. لم يكن الحكم

باختلافهما مجتهداً فيه، ما لم يختلف فيه الصدر الأول، وعلى هذا: إذا حكم الشافعي أو المالكي برأيه بما يخالف رأي من تقدم عليه من الصدر الأول، ورفع ذلك إلى حاكم لم يره بذلك.. كان له أن ينقضه، قال في «الخلاصة» في هذه المسألة: إذا اختلف الفقهاء في مسألة، فقضى فيها قاض بقول، ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك.. أمضى القاضي الآخر القضاء الأول. انتهى.

هكذا في «الجامع الصغير» أيضاً، فأشار المصنف إلى أن المراد بالفقهاء في كلامهم هذا: هو الصدر الأول.

وقالوا: وفي كلامهم هذا فوائد:

أحدها: أنهم قيدوا بالفقهاء؛ إشارة إلى أن القاضي إذا لم يعلم بموضع الاجتهاد فاتفق قضاؤه بموضع الاجتهاد.. لا ينفذه القاضي المرفوع إليه على قول العامة.

ولهذا قال في «الأسروشنية»: لو قضى في فصل مجتهد فيه، وهو لا يعلم بذلك.. قيل: ينفذ قضاؤه، وعامتهم: على أنه لا ينفذ، وإنما ينفذ إذا علم بكونه مجتهداً فيه، قال شمس الأئمة: هو ظاهر المذهب.

وثانيها: أنهم قيدوا بقولهم: «يرى غير ذلك» إشارة إلى أن الحكم إذا لم يكن مخالفاً للأدلة المذكورة.. ينفذ؛ سواء كان موافقاً لرأيه أو مخالفاً؛ فإنه إذا نفذه وهو مخالف لرأيه.. ففيما يوافقه أولى، كذا في «العناية».

وثالثها: أن العبرة في كون المحل مجتهداً فيه إلى حقيقة الاختلاف في الصدر الأول على ما هو المشهور في الكتب، لا اشتباه الدليل على ما هو الظاهر من لفظ «المنتقى».

وذهب إليه بعض العلماء، مستدلين بمسائل:

منها: أن القاضي لو قضى بإبطال طلاق المكره.. نفذ قضاؤه؛ لأنه قضاء في فصل مجتهد فيه؛ لأنه موضع اشتباه الدليل؛ لأن اعتبار الطلاق بسائر التصرفات ينفي حكمه.

ومنها: أنه لو قضى في حد أو قصاص بشهادة رجل وامرأتين.. نفذ قضاؤه؛ لأنه في فصل مجتهد؛ لاشتباه الدليل؛ لاعتبار عموم قوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾.

ومنها: أنه لو قضى بجواز نكاح بغير شهود.. نفذ [١٩٧/أ]؛ لاشتباه الدليل.

ولم ينقل إلينا في هذه المسائل اختلاف بين الصحابة والتابعين، وإنما الاختلاف فيها بين المتأخرين؛ كذا في «الكفاية».

في كلام المصنف ساكتة عن الفائدة الثانية.

قلت: وفي كلٍّ من الفوائد المذكورة بحث:

أما في الأول: فلما ذكره في «البحر» نقلاً عن «الخلاصة»: أن اشتراط كونه عالماً بالاختلاف - أي: موضع الاجتهاد - وإن كان ظاهر المذهب.. لكن يفتى بخلافه، والتحقيق المعتمد: أن علمه يكون ما حكم به مجتهداً فيه شرط، وأما علمه بكون المسألة اجتهادية.. فلا.

ثم قال نقلاً عن «فتح القدير»: وعندي: أن هذا الشرط لا يعول عليه.

وأما في الثاني: فلما فيه من الخلاف؛ ففي «البحر»: لو قضى في المجتهد فيه مخالفاً لرأيه، ناسياً لمذهبه.. نفذ عند أبي حنيفة.

وفي العامة: روايتان عنه، وعندهما: لا ينفذ في الوجهين، واختلف في الترجيح؛ ففي «الخانية»: أظهر الروايتين عن أبي حنيفة: نفاذ قضائه، وعليه الفتوى، وهكذا في «الفتاوى الصغرى». وفي «المعراج» عزواً إلى «المحيط»: الفتوى على قولهما، وهكذا في «الهداية».

وفي «فتح القدير»: قد اختلف في الفتوى، والوجه في هذا الزمان: أن يفتى بقولهما؛ لأن التارك لمذهبه عمداً لا يفعله إلا لهوى باطل لا قصد جميل.

وأما الناسي.. فلأن المقلِّد إنما ولاه ليحكم على مذهبه.. فلا يملك المخالفة.

ثم اعلم: أن عباراتهم مختلفة في هذه المسألة أعني ما إذا قضى المقلد، بخلاف مذهبه موافقاً لمذهب مجتهد.. ففي «البزازية» عزو إلى «شرح الطحاوي»: إذا لم يكن القاضي مجتهداً وقضى بالفتوى، ثم تبين أنه على خلاف مذهبه.. نفذ، وليس لغيره نقضه، وله أن ينقضه، كذا عن محمد، وقال الثاني: ليس له أن ينقضه أيضاً. انتهى. وهكذا في «العمادية».

وقال في مال «الفتاوى»: قضى بخلاف مذهبه، وهو مختلف فيه.. قال أبو حنيفة: ينفذ، وقال أبو يوسف: لا ينفذ. انتهى. هكذا ذكره في «البحر».

ثم قال بعد نقول كثيرة: والحق في هذه المسألة: أن القاضي إذا حكم على خلاف مذهبه؛ فإن كان متوهماً أنه على وفقه.. فإنه باطل يجب نقضه، وإن وافق مجتهداً فيه، وإن كان معتمداً مذهب غيره.. فإنه لا ينقض.

وهذا التفصيل متعين في حكام زماننا؛ فإنهم لا يعتمدون في أحكامهم على الاجتهاد، لا مطلقاً ولا مقيداً؛ لكونهم مقلدين؛ فإذا جرى منهم الحكم بخلاف مذهبهم.. فهو مقطوع بكونه منه خطأ، فينقض.

وقولهم [١٩٧/ب]: «لا ينقض الحكم في المجتهدات» معلل بأن الاجتهاد لا ينقض بمثله. انتهى.

وأما في الثالث: فلما في «فتح القدير»: أن النظر إلى اختلاف الفقهاء مطلقاً في كون المحل مجتهداً فيه، لا إلى اختلاف الصحابة فقط، وإن المسألة تكون مجتهداً فيها باختلاف مالك والشافعي؛ حيث قال فيه: قد صح أن مالكاً والشافعي وأبا حنيفة مجتهدون.. فلا شك في كون محل اختلافهم اجتهادياً.

أَمْضَاهُ ....

ويؤيده ما في «الذخيرة» عن الحلواني: أن الأب إذا خالع الصغيرة على صداقها ورآه خيراً لها بأن كانت لا تحسن العشرة مع زوجها؛ فإن على قول مالك.. يصح، ويزول الصداق عن ملكها، ويبرأ الزوج عنه؛ فإذا قضى به قاض.. نفذ. انتهى.

وفي «الخلاصة»: المختلف بين السلف كالمختلف بين الصحابة، فكانت العبرة في المسائل كلها حقيقة إلى الاختلاف بين الفقهاء مطلقاً، لا إلى مجرد اشتباه الدليل، ولا إلى الاختلاف بين الصحابة فقط، على أن ما ذكروه في المسألة الثانية من نفاذ القضاء في الحدود والقصاص بشهادة رجل وامرأتين مخالف لما ذكره في «البحر» من عدم نفاذه، على ما سيذكره.

(أمضاه) أي: ألزمه، ولا يبطله؛ لأن القضاء متى لاقى فصلاً مجتهداً فيه.. ينفذ، ولا يرده غيره؛ لأن اجتهاد الثاني مثل اجتهاد الأول في احتمال الخطأ، وقد ترجح الأول باتصال القضاء.. فلا ينقض بما دونه درجة، وهو ما لم يتصل القضاء به.

ويؤيده ما روي عن عمر رضي الله عنه لما شغله أشغال المسلمين.. استعان بزيد بن ثابت، فقضى زيد بين رجلين، ثم لقي عمر أحد الخصمين، فقال: إن زيداً قضى علي يا أمير المؤمنين، فقال له عمر: لو كنت لقضيت لك، فقال: ما يمنعك يا أمير المؤمنين؟ الساعة فاقض لي، فقال عمر: لو كان هناك نص آخر.. لقضيت لك. ولكن هنا رأي، والرأي مشترك.

هذا فيما إذا كان القاضي مجتهداً، وأما إذا كان مقلداً.. ففيه تفصيل ذكرناه آنفاً.

وهل يجوز له إمضاؤه وتنفيذه من غير خصم شرعي وطلب شرعي، أم لا بد له من ذلك؟

أقول: لا بد له من ذلك؛ لأن القضاء إنشاء إلزام في حقوق العباد بعد دعوى صحيحة، من خصم حاضر، على خصم حاضر، والأصل في التنفيذ: أن يكون حكماً.. فلا بد من مراعاة شروط القضاء: أن يكون تنفيذاً شرعياً.

إِن لـم يُخَالِفِ الْكتابَ أَو السّنةَ الْمَشْهُورَةَ أَو الْإِجْمَاعَ.

وكذا الحال فيما إذا رفع إلى قاضي حجة قاض آخر في حادثة عليه، وما فعله قضاة زماننا: من أنهم يمضون حجة القاضي الآخر [١٩٨/أ] بلا خصم شرعي وطلب شرعي.. فليس تنفيذ القضاء، بل إعلام، أحاطه علمه بتلك الحجة.

(إن لم يخالف) حكم القاضي الأول.

(الكتاب) الذي لم يختلف السلف في تأويله؛ كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ فإنهم قد اتفقوا على عدم جواز تزوج امرأة الأب وجاريته ووطئهما إن وطئها الأب؛ فلو حكم حاكم بجواز ذلك.. نقضه من رفع إليه ذلك.

وكما لو حكم بحلّ متروك التسمية عامداً؛ فإنه مخالف لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُواْ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ بالاتفاق.

(أو السنة المشهورة)؛ كالحكم بحل المطلقة الثلاث للزوج الأول بمجرد النكاح بدون إصابة الزوج الثاني.. فإنه ثابت بحديث العسيلة.

(أو الإجماع) كالحكم ببطلان قضاء القاضي في فصل مجتهد فيه، وببطلان الدعوى بمجرد مضي السنين مع سكوت المدعي.

والحاصل: أن إمضاء القاضي الثاني يحتاج إلى أن يكون المحل مجتهداً فيه، والمحل المجتهد فيه: ما اختلف فيه الصدر الأول - على ما اختاره بعض المشايخ، ومنهم المصنف - ولم يكن مخالفاً لواحد من الأدلة الثلاثة.

وإن خالف.. لا يمضيه الثاني، بل يبطله، وإن أمضاه الثاني.. أبطله الثالث، ثم وثم، ولو إلى ألف؛ لأن قضاءه وقع باطلاً.. فلا يعود صحيحاً.

والمواضع التي لا ينفذ القضاء فيها ولا يصح الإمضاء عليها كثيرة، والتي ذكرنا ههنا خمسة كما ترى.

وَمَا اجْتمعَ عَلَيْهِ الْجُمْهُورُ.. لَا يعْتَبرُ فِيهِ خلافُ الْبَعْضِ.

ومن تلك المواضع أيضاً: القضاء بتفريق بين الزوجين لعجز الزوج عن النفقة حال غيبته.

ومنها: القضاء بصحة نكاح مزنية أبيه أو ابنه، أو بصحة نكاح أمّ مزنيته أو بنتها، أو بصحة نكاح المتعة، أو بسقوط المهر بلا بينة أو إقرار، أو بعدم تأجيل العنين، أو بعدم صحة الرجعة بلا رضاها، أو بعدم وقوع الثلاث على الحامل، أو بعدم وقوع الثلاث على غير المدخول بها، أو بعدم وقوع طلاق الحائض، أو بعدم وقوع الزائد على الواحدة، أو بعدم وقوع الثلاث بكلمة واحدة، أو بعدم وقوع الطلاق في طهر جامعها فيه، أو بنصف الجهاز لمن طلق امرأته قبل الدخول بها بعد قبض المهر، أو شاهد ويمين، أو بشهادة رجل وامرأتين في الحدود والقصاص، أو بتفريق الزوجين بشهادة واحد على الرضاع، أو بصحة بيع نصيب الساكت المقر من قن حرره أحد الشريكين، أو بجواز بيع أم الولد... إلى غير ذلك مما ذكره في «البحر».

(**وما اجتمع عليه الجمهور**) أي: أكثر الناس على ما في «العناية» [١٩٨/ب] و«الكفاية» (.. **لا يعتبر فيه خلاف البعض**)؛ لأن ذلك خلاف لا اختلاف، كذا في «الهداية»؛ فعلى هذا: إذا حكم القاضي على خلاف ما عليه الأكثر.. كان حكمه على خلاف الإجماع، فينقضه من رفع إليه ذلك الحكم.

ولا يخفى عليك: أن هذا مخالف لما ذهب إليه جمهور الأصوليين من أصحابنا من أن الإجماع: لا ينعقد بمخالفة البعض وإن كان واحداً، حتى صرحوا: أن شرط الإجماع: أن يجتمع علماء العصر على حكم.

وأما إذا اجتمع أكثرهم على حكم وخالفهم في ذلك واحد أو اثنان.. لم يثبت الإجماع.

اللهم، إلا أن يقال: إنه بناء على مذهب أبي عبد الله الجرجاني وأبي بكر الرازي من أصحابنا: من أن الأكثرين ممن أجمعوا أن يسوغوا الاجتهاد للمخالف فيما ذهب إليه ولم ينكروا عليه.. كان خلافه معتداً به، ولا ينعقد الإجماع بخلافه:

وَالْقَضَاءُ بِحلٍّ أَو حُرْمَةٍ.. ينفذُ ظَاهراً وَبَاطناً، وَلَو بِشَهَادَةِ زورٍ إذا ادّعى بِسَبَبٍ مُعَيَّنٍ.

وَعِنْدَهُمَا: لَا ينفذُ بَاطِناً بِشَهَادَة الزُّور؛ ....

مثل: خلاف ابن عباس في توريث الأم ثلث جميع المال مع الزوج والأب أو مع المرأة والأب.

وخلاف أبي بكر في قتال مانعي الزكاة وإن لم يسوغوا له ذلك الاجتهاد وأنكروا عليه.. لا يعتمد خلافه، ولا يخل بانعقاد الإجماع:

مثل: خلاف أبي موسى الأشعري في أن النوم مطلقاً ينقض الوضوء، واختاره شمس الأئمة السرخسي.

وخلاف ابن عباس في تحريم ربا الفضل، ولذا قال في «الخلاصة»: ولو قضى بجواز بيع الدرهم بدرهمين يداً بيد بأعيانهما أخذاً بقول ابن عباس.. لا ينفذ، وإن كان مختلفاً فيه بين الصحابة؛ لأنه لم يوافقه أحد من الصحابة، وأنكروا عليه، فكان مهجوراً. انتهى.

(**والقضاء بحل أو حرمة ينفذ ظاهراً**) أي فيما بيننا، (**وباطناً**) أي: عند الله.

يعني: لو قضى القاضي بتحريم شيء بيننا.. فهو حلال عند الله تعالى، (**ولو**) وصلية (**بشهادة زور**) أي: كذب، لكن لا مطلقاً، بل (**إذا ادعى بسبب معين**)؛ إما من العقود كالبيع والشراء والإجارة والنكاح، أو من الفسوخ كالإقالة والطلاق والعتاق، هذا عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: لا ينفذ باطناً بشهادة الزور**) وهو قول الشافعي؛ لأن صحة القضاء على الحجة، وهي باطلة باطناً؛ لكونهم كذبة.. فلا ينفذ باطناً، ولكن العدالة الظاهرة دليل الصدق ظاهراً.. فاعتبرت حجة من حيث الظاهر، فيعمل بها ظاهراً.

ولأبي حنيفة: أن حجة القضاء قامت ووجب على القاضي العمل بها؛ لأن حقيقة الصدق ساقطة العبرة؛ لتعذر الوصول إليها، فبقيت العبرة لظاهر العدالة التي

فَلَو أَقَامَتْ بَيِّنَةَ زورٍ أنَّه تزَوَّجَهَا وَحُكِمَ بِهِ.. حلَّ لَهَا تَمْكِينُهُ، ....

اعتبرها الشرع؛ فإذا وجد.. فقد قام [١٩٩/أ] دليل الشرع فيعمل به ظاهراً وباطناً.

(**فلو أقامت**) المرأة (**بينة زور**) على رجل (**أنه تزوجها**) وهو ينكر (**وحكم به**) أي بالنكاح (.. **حلّ لها تمكينه**)، وللرجل وطؤها عند أبي حنيفة.

وكذا لو ادعى رجل على امراة نكاحاً وأنكرت هي، فأقام عليها بينة زور، وحكم به القاضي.. حلّ للزوج وطؤها، وللمرأة تمكينه.

وكذا إذا قضى بشهادة الزور بالبيع أو الشراء.. يحل للمدعي تناول المدعى به بالوطء أو الأكل أو الشرب.

ولا يشترط أن يكون القضاء بالنكاح بحضور من يصلح شاهداً عند بعض المشايخ؛ لأن الشهادة إنما شرطت لإنشاء النكاح قصداً، والإنشاء هنا ثبت اقتضاء.. فلا يشترط الشهادة.

وقال بعضهم: يشترط؛ لأنها شرط صحة العقد، هذا في العقود.

ومن الفسوخ: ما إذا ادّعى أحد المتعاقدين فسخ العقد في الجارية مثلاً بالإقالة، وأقام شاهدي زور، وقضى القاضي بالفرقة.. حل للبائع وطؤها.

ومنها: ما إذا ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثاً وأقامت شاهدي زور، وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة.. حل للزوج الثاني وطؤها؛ علم أن الزوج الأول لم يطلقها أو لم يعلم بذلك، على ما في «العناية».

وفي «البحر»: وحل لأحد الشاهدين أن يتزوجها ويطأها، ولا يحل للزوج الأول وطؤها، ولا يحل لها تمكينه؛ لأن الشهادة تنفذ ظاهراً وباطناً وإن أثم الشاهدان إثماً عظيماً، على ما في «الولوالجية».

لكن لنفاذها عنده شرطان:

الأول: عدم علم القاضي بكذب الشاهدين، وإن علم كذبهما.. لم ينفذ على ما في «فتح القدير».

خلافاً لَهما.

وَفِي الْأَمْلَاكِ الْمُرْسلَةِ: لَا ينفذُ بَاطِناً اتِّفَاقًا.

وَالْقَضَاءُ فِي مُجْتَهَدٍ فِيهِ بِخِلَافِ رَأْيه نَاسِياً أَو عَامِداً.. لَا ينفذُ عِنْدهمَا، وَبِه يُفْتى.

وَعند الإِمَام: ينفذ لَو نَاسِياً وَفِي الْعمدِ: رِوَايَتَانِ.

الثاني: كون المحل قابلاً؛ فإذا كانت المرأة تحت زوج، أو كانت معتدة، أو مرتدة، أو محرمة بمصاهرة، أو برضاع.. لم ينفذ؛ لأنه لا يقبل الإنشاء.

(**خلافاً لهما**)؛ لما ذكرناه.

(**وفي الأملاك المرسلة**) أي: المطلقة عن تعيين السبب بأن ادعى جارية بأنها ملكه ولم يذكر السبب من الشراء أو الإرث أو الهبة وأقام على ذلك بينة زور وقضى بها (.. **لا ينفذ باطناً**) أي: لا يحل وطؤها (**اتفاقاً**)؛ لأن أسباب الملك متزاحمة، وليس بعضها أولى من بعض بالإلغاء بدون التعيين، وإثبات الملك بدون الأسباب ليس في وسع البشر، فتعين الإلغاء.

بخلاف ما إذا ادعى سبباً معيناً من العقود والفسوخ على ما مر؛ لأن الأسباب حينئذ تثبت مقدماً على القضاء اقتضاء تصحيحاً للقضاء.

ثم يثبت الملك (**والقضاء في مجتهد فيه**) - قد تقدم بيان كون المسألة مجتهداً فيها - (**بخلاف رأيه** [١٩٩/ب] **ناسياً**) لمذهبه (**أو عامداً.. لا ينفذ عندهما، وبه يفتى، وعند الإمام ينفذ لو ناسياً، وفي العمد: روايتان**).

قد تقدم الاختلاف في الفتوى؛ منهم من يفتي بقولهما، ومنهم من يفتي بقول الإمام.

لهما: أنه قضى بما هو خطأ عنده، فيعلم بزعمه.

ولأبي حنيفة في النفاذ: أنه ليس بخطأ يقيناً؛ لكونه محل اجتهاد، فيكون الحكم فيه نافذاً.

وَلَا يقْضِي على غَائِبٍ إِلّا بِحَضْرَةِ نَائِبِهِ: ....

(**ولا يقضى على غائب**) أي: عن مجلس القاضي (**إلا بحضرة نائبه**).

اعلم: أن القضاء على الغائب وله.. لا يجوز عندنا، إلا إذا حضر من يقوم مقامه على الوجه الذي سيأتي بيانه في الكتاب.

وقال الشافعي: إن غاب عن البلد أو عن مجلس الحكم فاستتر في البلد.. جاز، وإلّا.. لا يصح في الأصح؛ لأن في الاستتار تضييعاً للحقوق دون غيره، واستدل: بأن ثبوت القضاء بالبينة؛ فإذا وجدت.. ظهر الحق، فيحل للقاضي العمل بمقتضاها.

ولنا: أن العمل بالشبهات لقطع المنازعة؛ لأن الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب، ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل، إلا أن الشرع جعلها حجة ضرورة قطع المنازعة، ولهذا إذا كان حاضراً وأقر بالحق.. لا حاجة إليها، ولا منازعة إلا بالإنكار، ولم يوجد عند غيبة الخصم.

والحاصل: أن القضاء؛ إما بالإقرار أو بالشهادة عند الإنكار، ولم يوجد كل منهما، ولم يصح القضاء.

فإن قيل: لا نسلم أن الشهادة تحتاج إلى الإنكار، كيف وإنها تعمل بدون الإنكار إذا حضر الخصم وسكت.

أجيب: بأن الشرع أنزله منكراً؛ حملاً لأمره على الصلاح؛ إذ الظاهر من حال المسلم أن لا يسكت عن دينه؛ فإذا سكت.. علم أنه منكر حتى يقام عليه الحجة؛ لأنه لو كان مقراً.. لما احتيج إلى الحجة، فكان الإنكار موجوداً حكماً.

فإن قيل: سلمنا أنه لا منازعة إلّا بالإنكار، لكنه موجود ظاهراً فيما نحن فيه؛ أعني: عند غيبة الخصم؛ لأن الأصل عدم الإقرار؛ إذ الأصل في اليد الملك.

قلنا: ممنوع؛ فإن الظاهر من حاله الإقرار؛ لأن المدعي صادق ظاهراً؛ لوجود ما يصرفه عن الكذب من العقل والدين، فهو لا يترك الإقرار لعقله ودينه أيضاً.

فإن قيل: هل الحكم كذلك فيما لو أنكر وغاب - أي: عن سماع البينة، وعدم صحة القضاء - أم كان الواجب سماع البينة وصحة القضاء لوجود الإنكار؟

قلنا: الحكم فيه أيضاً: عدم صحة القضاء؛ لأن الشرط قيام الإنكار وقت القضاء؛ لأن حجية البينة لا تتم إلا بالقضاء، وهكذا الحكم فيما لو أنكر وسمع البينة ثم غاب قبل القضاء؛ لعدم الإنكار وقت القضاء.

فإن قيل: وقف الحكم على حضور الخصم غير مفيد بعد [٢٠٠/أ] ظهور الحق بالبينة وإن كان غائباً؛ لأنه إن حضر فأقر.. لزمت الدعوى وإن أنكر.. فكذلك؟

أجيب: بأن النزاع في ظهوره بالبينة؛ فإنه عندنا لا يظهر بها إلا بالنزاع، وبأنه مفيد؛ لاحتمال أن يطعن في الشهود، أو يسلم الدعوى ويدعي الأداء أو يثبته.

وعن أبي يوسف: يجوز القضاء على الغائب فيما إذا أنكر وغاب استصحاباً، قال في الجنس الثاني من قضاء «الخلاصة»: لو أقيمت عليه البينة على إنكار، ثم غاب المدعى عليه أو مات.. لا يقضي عليه حال غيبته أو موته.

وعن أبي يوسف: أنه يقضى، وأجمعوا أنه لو أقر به لهذا المدعي، ثم غاب.. يقضي القاضي عليه حال غيبته. انتهى.

قلنا: الاستصحاب إنما يصلح للدفع لا للإثبات.

فإن قيل: قد ثبت أن القضاء على الغائب وله لا يصح عندكم، ولو فعل القاضي ذلك مع عدم صحته.. هل ينفذ أم لا؟

قلنا: ينفذ؛ لما ذكره في كتاب المفقود من «الخلاصة» و«البزازية»: أن القاضي هل يقضي على الغائب وهل ينصب وكيلاً على الغائب وعن الغائب.. فعندنا: لا؛ أما لو فعل ذلك وقضى على الغائب.. نفذ بالإجماع.

فإن قيل: المجتهد فيه نفس القضاء، فينبغي أن يتوقف على إمضاء قاض آخر.

قلنا: لا، بل المجتهد فيه سبب القضاء، وهو: أن البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر للقضاء أم لا؛ فإذا رآها القاضي حجة وقضى بها.. نفذ؛ كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف، وعليه الفتوى. انتهى.

وذكر القاضي ظهير الدين: أن نفس القضاء مختلف فيه، فيتوقف على الإمضاء، وقال الإمام ظهير الدين: في نفاذ القضاء على الغائب روايتان، ونحن نفتي بعدم النفاذ؛ كي لا يتطرقوا إلى هدم مذهب أصحابنا.

وقال في «قاضي خان»: لو أن القاضي سمع بينة على الغائب من غير خصم ووكيل وقضى على الغائب.. في نفاذ قضائه على الغائب روايتان؛ ذكر شمس الأئمة السرخسي والإمام المعروف بخواهر زاده: أنه ينفذ قضاؤه، وغيرهما من المشايخ: أنه لا ينفذ.

وقال في «البحر»: الذي ظهر من كلامهم: أن المذهب عن أصحابنا عدم صحة القضاء على الغائب، وإن كان القاضي الذي يراه قضى عليه.. فإنه يتوقف على الإمضاء؛ لأن الاختلاف في نفس القضاء، وما عدا هذا من الأقوال من تصرفات بعض المشايخ. انتهى.

فقد رجح ما ذكره قاضي ظهير.

ثم قال في «البحر» أيضاً: ثم ظهر لي ما يجب المصير إليه، وهو أنه إنما قالوا بأن الفتوى على النفاذ إذا قضى على الغائب فيما إذا قضى على القعود، لا في مطلق الغائب [٢٠٠/ب]، ثم ذكر مسألة من «قاضي خان» تدل على الفرق بين المعقود وغيره، وهي: رجل قدم رجلاً إلى قاض، وقال: إنّ لأبي على هذا الرجل ألف درهم، وأبي غائب، وأنا أخاف أن يتوارى هذا الرجل، فجعله القاضي وكيلاً لأبيه وقبل بينة الابن على المال فحكم بذلك، ثم رفع إلى قاض آخر.. فإن الثاني لا يجيز قضاء الأول؛ لأن بينة الابن ما قامت بحق على الغائب حتى يكون ذلك قضاء على الغائب، وإنما قامت لغائب، وهذا بخلاف المفقود؛ فإن القاضي يجعل ابن المفقود

وكيلاً في طلب حقوقه؛ لأن المفقود بمنزلة الميت، فكان للقاضي نوع بسوطة في ماله. انتهى.

قلت: في دلالة هذه المسألة على ما ذكره من الفرق بين القضاء على المفقود وبين القضاء على غيره من الغائب نظر؛ لأن غاية ما تدل هذه المسألة عليه: هو الفرق بين القضاء للغائب وبين القضاء للمفقود بعد نصب الوكيل عنهما، وكلامه في القضاء على الغائب لا للغائب.

هذا، واعلم: أن مسألة القضاء على الغائب ذكرها في «جامع الفصولين» بحيث لا مزيد عليه، ثم قال: قد اضطرب آراؤهم وبيانهم في مسائل الحكم للغائب وعليه، ولم يصفُ ولم ينقل عنهم أصل قوي ظاهر يبنى عليه الفروع بلا اضطراب، ولا إشكال؛ فالظاهر عندي: أن يتأمل في الوقائع ويحتاط ويلاحظ الحرج والضرورات فيفتى بحسبها جوازاً وفساداً.

مثلاً: لو طلَّق امرأته عند العدول، فغاب عن البلد، ولا يعرف مكانه، أو يعرف ولكن نعجز عن إحضاره، وعن أن تسافر إليه هي أو وكيلها؛ لبعده أو لمانع آخر؛ كأن لا يرضى أحد بالوكالة.

وكذا المديون لو غاب عن البلد وله نقد في البلد أو نحو ذلك.. ففي مثل هذه المواضع: لو برهن على الغائب بحيث اطمأن قلب القاضي وغلب ظنه أنه حق لا تزوير ولا حيلة فيه.. فينبغي أن يحكم للغائب وعلى الغائب.

وكذا ينبغي للمفتي أن يفتي بجوازه؛ دفعاً للحرج والضرورات، وصيانة للحقوق عن الضياع، مع أنه مجتهد فيه.

ذهب إلى جوازه الشافعي ومالك وأحمد.

وفيه روايتان عن أصحابنا، والأحوط: أن ينوب عن الغائب وكيل يعرف أنه يراعي جانب الغائب، ولا يفرط في حقه. انتهى.

حَقِيقَةً كوكيله، أو شرعاً كوصيٍّ نَصَّبَهُ القَاضِي، أَو حُكماً بِأَن كَانَ مَا يَدَّعِي على الْغَائِبِ سَبباً

قلت: هذا الفصل حسن يعمل به.

ولما ذكر أن القضاء على الغائب لا يجوز إلا أن يحضر من يقوم مقامه ثَم.. شرع في بيان من يقوم مقامه، فقال: (**حقيقة كوكيله**) أي: وكيل [٢٠١/أ] الغائب؛ بأن جعله للغائب وكيلاً عنه للخصومة والدعوى أو للقضاء كما إذا أقيمت البينة عليه، فوكل شخصاً للقضاء عليه ثم غاب، كذا في «البحر».

ثم قال فيه: الوكيل هنا أعم ممن نصبه الغائب، وممن نصبه القاضي وكيلاً عنه، وهو المسمى بالمسخر، وفيه اختلاف.

(**أو شرعاً كوصي نصبه القاضي**) من الغائب.

(**أو حكماً**) شرعياً لا يحتاج في إقامة الحاضر مقام الغائب إلى فعل فاعل أصلاً؛ كما في الأولين.

وذلك على نوعين:

أحدهما: معتبر في جعل الحاضر خصماً عن الغائب.

والثاني: غير معتبر.

فأشار إلى الأول بقوله: (**بأن كان ما يدعي على الغائب سبباً**) لازماً؛ إنما قيدنا به احترازاً عما إذا كان سبباً في وقت دون وقت؛ فإن الحاضر فيه لا يقوم مقام الغائب؛ كما إذا قال رجل لامرأة غائب: إن زوجك الغائب وكلني أن أحملك إليه، فقالت: إنه كان قد طلقني ثلاثاً، وأقامت بينة.. قبلت بينتها في حق قصر يد الوكيل عنها، لا في حق إثبات الطلاق على الغائب، حتى إذا حضر الغائب وأنكر الطلاق.. يجب عليها إعادة البينة؛ لأن ما يدّعى على الغائب - وهو الطلاق - ليس بسبب لازم لثبوت ما يدعى على الحاضر وهو قصر يده؛ فإن الطلاق متى تحقق.. قد لا يوجب قصر يد الوكيل بأن لم يكن وكيلاً بالحمل قبل الطلاق، بل كان وكيلاً

لما يَدَّعِي على الْحَاضِرِ؛ ....

بالحمل بعده، وقد يوجب بأن كان وكيلاً قبل الطلاق، فكان المدعى على الغائب سبباً لثبوت المدعى على الحاضر من وجه دون وجه، فقلنا: يقضى بقصر اليد دون الطلاق؛ عملاً بهما، كذا في «العناية». وهكذا ذكره في «العمادي»، ثم ذكر مسائل أخرى:

منها: رجل جاء إلى عبد إنسان وقال: إن مولاك وكلني بأن أحملك إليه، فأقام العبد بينة أن مولاه أعتقه.. تقبل بينته في حق قصر يد الحاضر، ولا تقبل في حق ثبوت العتق على الغائب،

ومنها: لو وكل رجلاً بإجارة عبده، فأقام العبد بينة على إعتاق الموكل له.. تقبل في حق قصر يد الحاضر، لا في حق ثبوت العتق على الغائب.

ومنها: لو وكل رجلاً بقبض داره، فأقام ذو اليد بينة على الشراء من الموكل.. تقبل في حق قصر يد الحاضر، لا في حق ثبوت البيع على الغائب.

(**لما يدّعي على الحاضر**)؛ سواء كان المدعى أمراً واحداً، أو أمرين.

والأول في مسائل؛ كما إذا ادعى داراً في يد رجل أنها ملكه اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها، وأنكر ذو اليد وقال: الدار داري، فأقام [٢٠١/ب] المدعي بينة على دعواه.. قبلت بينته، ويكون ذلك قضاء على الغائب والحاضر معاً، وينتصب الحاضر خصماً عن الغائب، ولا يحتاج إلى إعادة البينة عند حضور الغائب؛ لأن المدعى شيء واحد وهو الدار، وما يدعى على الغائب - وهو الشراء منه - سبب لثبوت ما يدعى على الحاضر؛ لأن الشراء من المالك سبب لا محالة.

وكما إذا ادعى على رجل أنه كفيل عن فلان بما يذوب له عليه، فأقر المدعى عليه الكفالة وأنكر الحق، وأقام المدعي البينة أنه ذاب له على فلان كذا.. فإنه يقضى بها في حق الكفيل الحاضر وفي حق الغائب جميعاً، حتى لو حضر الغائب وأنكر.. لا يلتفت إلى إنكاره؛ لأن المدعى شيء واحد وهو الكفالة عن فلان الغائب، وما

يدعي على الغائب وهو وجوب الحق عليه سبب لثبوت ما يدعي على الحاضر؛ لأن وجوب الحق على الغائب سبب لثبوته على الكفيل.

وكما إذا ادعى الشفعة في دار هي في يد إنسان، وقال ذو اليد: الدار داري ما اشتريتها من أحد، فأقام المدعي البينة أن ذا اليد اشترى هذه الدار من فلان بألف درهم، وهو يملكها، وإنه شفيعها.. يقضى بالشراء في حق ذي اليد والغائب جميعاً؛ لما قدمناه أيضاً.

والثاني في مسائل أيضاً:

منها: إذا شهد شاهدان على رجل لحق من الحقوق، فقال المشهود عليه هما عبدان لفلان الغائب، فأقام المشهود له بينة أن فلاناً الغائب أعتقهما وهو يملكهما.. تقبل هذه الشهادة، ويثبت العتق في حق الحاضر والغائب جميعاً، والمدعى شيئان: المال والعتق على الغائب، إلا أن المدعى على الغائب سبب لثبوت المدعى على الحاضر لا محالة؛ لأن ولاية الشهادة لا تنفك عن العتق بحال، فصار كشيء واحد من حيث المعنى.

ومنها: إذا قذف محصناً حتى وجب عليه الحد، فقال القاذف: أنا عبد وعلي حدّ العبيد، وقال المقذوف: لا، بل أعتقك مولاك، ولي عليك حدّ الأحرار، وأقام بينة على ذلك.. تقبل ويقضى بالعتق في حق الحاضر والغائب جميعاً، حتى لو حضر الغائب وأنكر العتق.. لا يلتفت إلى إنكاره وإن ادّعى شيئين مختلفين؛ لأنه ادعى على الحاضر حداً كاملاً، وعلى الغائب العتق، لكن لما كان العتق سبباً لثبوت ما يدعى على الحاضر.. قضي بالبينة في حق الحاضر والغائب جميعاً.

ومنها: إذا قتل رجلاً عمداً وله وليان غاب أحدهما فادعى الحاضر على القاتل أن الغائب عفا عن نصيبه، وانقلب نصيبي [٢٠٢/أ] مالاً، وأنكر القاتل، فأقام المدعي البينة على ذلك.. تقبل ويقضى بها في حق الحاضر والغائب جميعاً.

فَإِن كَانَ شرطاً.. لَا يَصح.

ومنها: امرأة ادعت على رجل حاضر أنه كان لي على زوجي فلان بن فلان بقية المهر كذا، وإنك ضمنت لي ذلك عنه إن حرمت عليه بثلاث تطليقات، وإني أجزت ضمانك، وإنه حرمني على نفسه بثلاث تطليقات، وصارت بقية المهر واجبة لي عليك بسبب ضمانك هذا؛ لوقوع الفرقة، فأقر المدعى عليه بالضمان، وأنكر العلم بوقوع الفرقة الغليظة، فيشهد لها الشهود بوقوع الحرمة الغليظة.. يحكم لها القاضي بالمال على الحاضر، وبوقوع الحرمة الغليظة على الغائب، والمدعى على الغائب وهو الحرمة سبب لثبوت المدعى على الحاضر، فينتصب الحاضر خصماً عن الغائب. هكذا ذكره في «العمادية»، ثم قال نقلاً عن صاحب «الذخيرة»: وفي هذا نظر؛ لأن المدعى شيئان: الفرقة على الغائب، والمال على الحاضر، والمدعى على الغائب ليس بسبب لثبوت المدعى على الحاضر، بل شرطه، وفي مثل هذا لا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب، على ما عليه عامة المشايخ، فينبغي أن يقضى بالمال على الحاضر، ولا يقضى بالفرقة على الغائب. انتهى.

هكذا ذكره في «الفصولين» أيضاً.

ثم ذكرا وقالا: ومع هذا لو حكم القاضي بالحرمة.. نفذ؛ لاختلاف الفقهاء فيه.

ثم أشار إلى الثاني بقوله: (**فإن كان شرطاً.. لا يصح**) أي: إن كان ما يدعى على الغائب شرطاً لحق المدعي على الحاضر لا سبباً.. لا يصح القضاء على الغائب، وهذا عند عامة المشايخ، وقيل: يصح، واختاره فخر الإسلام البزدوي وشيخ الإسلام الأوزجندي.

والحاصل: أن الحاضر إنما ينتصب خصماً عن الغائب بأحد معان ثلاثة عند عامة المشايخ:

أحدها: أن يكون الحاضر وكيلاً عن الغائب.

وَيقرضُ القَاضِي مَالَ الْيَتِيمِ، وَيكْتُبُ ذِكرَ الْحقِّ، ....

والثاني: أن يكون المدعى على الحاضر والغائب شيئاً واحداً، وما يدعى على الغائب سبباً لثبوت ما يدعى على الحاضر لا محالة.

والثالث: أن يكون المدعى شيئين، وما يدعى على الغائب سبباً لثبوت ما يدعى على الحاضر لا محالة أيضاً.

وأما كون ما يدّعى على الغائب شرطاً لما يدعى على الحاضر.. فغير معتبر في كون الحاضر خصماً عن الغائب عند عامة المشايخ، واختاره المصنف، هكذا ذكره في «العمادية».

ثم ذكر نقلاً عن «فتاوى رشيد الدين»: والصحيح من الجواب فيما إذا كان ثبوت الحكم على الغائب [٢٠٢/ب] شرطاً لثبوت المدعى على الحاضر: أن ينظر؛ إن كان ذلك الشرط دائراً بين النفع والضر.. لا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب، وإن كان بثبوت ذلك الشرط لا يتضمن ضرراً.. في حق الغائب؛ كدخول الدار وغيره.. ينتصب خصماً، حتى لو ادعت المرأة تعليق طلاق نفسها بنكاح غيرها، وأقامت بينة أنه تزوج عليها فلانة.. فلا تقبل بَيِّنتها على الصحيح؛ لأن ثبوت النكاح عليها شرط فيه ضرر في حقها.

وقيل: تقبل، والصحيح: هو الأول.

(**ويقرض القاضي مال اليتيم**)؛ لما فيه من مصلحة اليتيم؛ لبقاء ماله محفوظة مضمونة؛ لأن القاضي لكثرة اشتغاله قد يعجز عن الحفظ بنفسه، ولو أودعه.. لم يكن المال مضمونة عند الضياع، فيقرضها، واحتمال التوى بجحود المستقرض غير معتبر؛ لأن القاضي يقدر على استخراجها؛ لعلمه بها، ولهذا قالوا: وينبغي أن يكتبه، وإليه أشار بقوله: (**ويكتب ذكر الحق**) أي: صكاً يذكر به الحق للحفظ.

وَلَا يجوزُ ذَلِك لِلْوَصِيّ، وَلَا لِلْأَبِ فِي الْأَصَحِّ.

وذكر ظهير الدين في الأقضية: القاضي إنما يملك إقراض مال اليتيم إذا لم يجد ما يشتريه ويكون غلة لليتيم؛ فأما إذا وجد.. فلا يملك الإقراض، بل يتعين عليه الشراء، هكذا روي عن محمد.

وكذا إذا وجد من يدفع إليه مضاربة؛ لأنه أنفع لليتيم من الإقراض، ويقرض من الملي لا من المفلس.

وهل يجوز له أن يبيع مال اليتيم من نفسه؟

ففي «العمادية» نقلاً عن «مجموع النوازل»: القاضي إذا باع مال اليتيم من نفسه.. لا يجوز؛ لأنه إنما يجوز من القاضي على وجه الحكم، ولا يجوز حكمه لنفسه.

ثم ذكر نقلاً عن «الصغرى»: وما ذكر من عدم جواز بيع القاضي مال اليتيم من نفسه.. محمول على قول محمد.

وأما على قول أبي حنيفة: فينبغي أن يجوز.

وذكر في «المنتقى» مسألة شراء القاضي مال اليتيم لنفسه في موضعين، ذكر في موضع أنه لا يجوز، وذكر في موضع آخر أنه بمنزلة شراء الوصي لنفسه، حتى لو رفع إلى قاض آخر.. ينظر فيه؛ فإن كان خيراً لليتيم.. أجازه، وإلا.. رده.

واختارا «قاضي خان» والناطقي: عدم جواز بيع القاضي مال اليتيم من نفسه، ولا يبيع ماله من اليتيم.

(**ولا يجوز ذلك**) أي: إقراض مال اليتيم (**للوصي، ولا للأب في الأصح**)؛ لعدم قدرتهما على الاستخراج عند جحود المستقرض؛ لأن كلّ قاض ليس بعدل، ولا كل بينة تقبل بقوله في الأصح.

الظاهر: أنه قيد لقوله: «لا للأب» على ما يدل عليه كلام «الهداية»؛ حيث قال: الأب بمنزلة الوصي في أصح الروايتين [٢٠٣/أ]، ولهذا أعاد كلمة «لا».

واحترز به عما قيل: يجوز للأب إقراض مال اليتيم؛ لأن ولايته تعم المال والنفس كولاية القاضي، وشفقته تمنعه عن ترك النظر لولده؛ كما يجوز أخذه لنفسه قرضاً.

وفي «العدة»: الوصي لا يقرض مال اليتيم، ومع هذا لو أقرض.. لا يكون خيانة، حتى لا تستحق به العزل، والقاضي يقرض مال اليتيم، وتكلموا في الأب، والأصح: أنه بمنزلة الوصي؛ لعدم قدرتهما على الاسترداد. انتهى ما في «العمادية».

فظهر منه: أن للوصي إقراض مال اليتيم في رواية «شرح الطحاوي» لا في رواية صاحب «العمدة» وذكر في «العمادية» أيضاً: ولو استقرض الوصي لنفسه من مال اليتيم.. ضمن، وعن محمد: لا يضمن، والأب لو فعل ذلك.. لا يضمن.

وذكر نقلاً عن «الصغرى»: لو قضى الوصي دين نفسه من مال الصغير.. لا يجوز، ولو فعل الأب ذلك.. يجوز؛ لأن قضاء الأب دين نفسه من مال الصغير بمنزلة بيع مال الصغير من نفسه؛ فالأب يملك ذلك بمثل القيمة، والوصي لا يملك، إلا إذا كان خيراً لليتيم.

* * *

(فَصْلٌ)

وَلَو حَكَّمَ الخصمانِ من يَصلحُ قَاضِياً ليحكمَ بَينهمَا.. صَحَّ، وَنفذَ حكمُهُ عَلَيْهِمَا، بِبَيِّنَةٍ، أَو إِقْرَارٍ، أَو نُكُولٍ.

وإِخبارُهُ بِإِقْرَارِ أحدِ الْخَصْمَيْنِ، وبعدالةِ الشَّاهِدِ حَالَ ولَايَته.

(فَصْلٌ)

في التَّحْكِيمِ

وهو من أنواع القضاء، إلا أنه أدنى حالاً من حكم القاضي، ولهذا أخره عنه، ألا ترى أنه لا يجوز حكم الحكم في الحدود والقصاص.

(**ولو حكم**) من التحكيم (**الخصمان من يصلح قاضياً**) إنما قال: «من يصلح قاضياً»؛ لأنه بمنزلة القاضي المولى بينهما، فيعتبر فيه ما يعتبر في القاضي؛ فلو حكما امرأة فيما يثبت بالشبهات.. جاز؛ لأنها من أهل الشهادة فيها.

ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي لانعدام أهلية القضاء والشهادة، إلا أن يحكم أهل الذمة الذمي بينهم.. فإنه يجوز بينهم، والفاسق لو حكم وقضى.. يجوز على ما تقدم في أول القضاء.

(**ليحكم بينهما.. صح**) تحكيمهما، (**ونفذ حكمه عليهما**)؛ لصدور الحكم عن ولاية عليهما.

(**ببينة أو إقرار أو نكول، وإخباره**) أي: المحكم (**بإقرار أحد الخصمين**) بأن قال: اعترفت عندي لهذا بكذا، (**وبعدالة الشاهدين**) بأن قال: قامت عندي عليك بينة لهذا، فعدّلوا عندي، وقد ألزمتك ذلك وحكمت به عليك.

(**حال ولايته**) ظرف للإخبار؛ يعني: لو أخبر المحكم بإقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشاهدين حال ولايته.. يقبل إخباره؛ لأنه حال ولايته يملك إنشاء الحكم عليه ما داما على تحكيمهما، فيملك الإخبار أيضاً؛ كالقاضي المولى إذا قال في قضائه لإنسان: قضيت عليك لهذا [٢٠٣/ب] بإقرار أو بينة قامت عندي على ذلك..

وَلِكُلٍّ مِنْهُمَا أَن يرجعَ قبلَ حكمِهِ لَا بعدَه.

وَإِذا رُفِعَ حكمُه إِلَى قاضٍ.. أَمْضَاهُ إِنْ وَافق مذْهبه، وإِلّا.. نقَضَه.

فإنه يصدق في ذلك، ولا يلتفت إلى إنكار المقضي عليه، فكذا ههنا لو أخبر المحكم بإقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشاهدين فأنكر المقضي عليه أن يكون أقرّ عنده بشيء، أو قامت عليه بينة بشيء.. لم يلتفت إلى قوله، وقضي؛ لما ذكرناه.

بخلاف ما لو أخبر المحكَّم بالحُكمِ مثل أن يقول المحكم: كنت حكمت عليك لهذا بكذا.. لم يصدق لأنه إذا حكم.. صار معزولاً، ولا يقبل قول المعزول؛ كالقاضي المولى إذا قال بعد عزله: حكمت عليك بكذا.. فإنه لا يقبل.

(**ولكل منهما**) أي: من المحكمين (**أن يرجع قبل حكمه**)؛ لأنه مقلد من جهتهما، فلا بد من رضائهما جميعاً؛ لأن ما كان وجوده من شيئين.. لا بد له من وجودهما، وأما عدمه.. فلا يحتاج إلى عدمهما، بل يعدم بعدم أحدهما، فلا حاجة في إخراج المحكم إلى اتفاقهما، بل يكفي إخراج أحدهما.

فإن قيل: إخراج أحدهما: سعى في نقض ما تم من جهته.

قلنا: ما تم الأمر بعد، وإنما تمامه بعد الحكم، ولا نقض حينئذ.. فإنه لا رجوع لواحد منهما؛ للزوم الحكم بصدوره عن أهله بولايته عليهما على ما أشار إليه بقوله: (**لا بعده**) أي: لا رجوع بعد الحكم؛ لأنه يفضي إلى نقض ما تم، وهو لا يجوز.

(**وإذا رفع حكمه**) أي حكم المحكم (**إلى قاض.. أمضاه إن وافق مذهبه**)؛ إذ لا فائدة في نقضه بعد موافقة مذهبه؛ لأنه لو نقضه.. لحكم بذلك أيضاً.

وفائدة إمضائه: أنه لو رفع إلى حاكم يخالف مذهبه.. لم يتمكن من نقضه.

(**وإلا**) أي: إن لم يوافق مذهبه (**.. نقضه**) أي: إن لم يمض قاض آخر يوافق مذهبه، وإلا.. فلا ينقضه.

ووجه نقضه: أن حكم المحكم لا يلزم القاضي؛ لعدم التحكيم منه.

وَلَا يَصحُّ التَّحْكِيم فِي حَدٍّ وَقَوَدٍ، وَيصِحُّ فِي سَائِرِ المجتهَدَاتِ، قَالُوا: وَلَا يُفْتى بِهِ؛ دفعاً لتجاسر الْعَوام.

وَلَو حكّماهُ فِي دَمٍ خطأٍ فَحكم بِالدِّيَةِ على الْعَاقِلَة.. لَا ينفذُ.

(**ولا يصح التحكيم في حد وقود**)؛ أما في الحدود الواجبة حقاً لله تعالى.. فباتفاق الروايات؛ لأن الإمام هو المتعين لاستيفائها.

وأما في حد القذف والقصاص.. فقد اختلفت الرواية.

قيل: جائز فيها، ذكره شمس الأئمة.

وقيل: لا يجوز، ذكره الخصاف.

(**ويصح في سائر المجتهدات**)؛ كجعل الكنايات رجعية، وكالطلاق المضاف، على ما في «الكفاية».

(**وقالوا: ولا يفتى به**) أي: بجواز التحكيم؛ (**دفعاً لتجاسر العوام**) وإن كان جائزاً.

(**ولو حكماه في دم خطأ فحكم بالدية على العاقلة.. لا ينفذ**) أي: على العاقلة؛ لأنه لا ولاية له عليهم؛ إذ لا يحكم من جهتهم، وكذا لا ينفذ إن حكم بالدية في مال القاتل؛ لأن القاضي يرده ويقضي بها على العاقلة [٢٠٤/أ]؛ لأنه يخالف رأيه، ومخالف للنص على ما سيأتي في كتاب المعاقل، إلا إذا ثبت القتل بإقرار القاتل.. لا يرده القاضي؛ لأن العاقلة لا تعقله، حتى يقضي عليها، كذا في «العناية».

وإنما قلنا: «لا ينفذ على العاقلة»؛ لأنه ينفذ على المحكمين، كذا في «العناية».

وفيها أيضاً: وأما أروش الجراحات؛ فإن كانت بحيث لا تتحملها العاقلة وتجب في مال الجاني بأن كانت دون أرش الموضحة وهو خمس مائة درهم ويثبت ذلك بالإقرار والنكول أو كان عمداً وقضي على الجاني.. جاز؛ لأنه لا يخالف حكم الشرع، وقد رضي الجاني بحكمه.. فيجوز.

وإن كانت بحيث تتحملها العاقلة؛ بأن كانت خمس مائة فصاعداً وقد ثبت

وَلَا يَصِحُّ حكمُ الْمُحكَّمِ، وَلَا الْمولى لِأَبَوَيْهِ وَولدِهِ وَزَوجتِهِ.

وَيصِحُّ عَلَيْهِم.

وَيصِحُّ لمن وَلَّاهُ، وَعَلِيهِ.

الجناية بالبينة، وكانت خطأ.. لا يجوز قضاؤها بها أصلاً؛ لأنه إن قضى بها على الجاني.. خالف حكم الشرع، وإن قضى على العاقلة.. فالعاقلة لم يرضوا بحكمه.

(**ولا يصح حكم المحكم ولا**) القاضي (**المولى**) من طرف السلطان (**لأبويه وولده وزوجته**)؛ لأن أهلية الشهادة شرط للقضاء، والشهادة لهؤلاء غير مقبولة، وكذا القضاء.

(**ويصح عليهم**)؛ لأهلية الشهادة عليهم؛ لعدم التهمة، فكذا القضاء.

(**ويصح**) حكم القاضي المولى (**لمن ولاه**) أي: السلطان، (**وعليه**) أي: على من ولاه؛ لأنه مولى من جهته.

* * *

(فصلٌ)

(مَسَائِلُ شَتَّى)

لَيْسَ لذِي سُفلٍ عَلَيْهِ علوٌ لغيره أَن يَتِدَ فِي سفلِهِ، أَو ينقُبَ كوَّةً، بِلَا رضا ذِي الْعُلُو.

وَلَا لذِي الْعُلُوِ أَن يَبْنِيَ عَلَيْهِ.

وَعِنْدَهُمَا: لكلٍّ مِنْهُمَا فعلُ مَا لَا ضَرَرَ فِيهِ بِلَا رضا الآخر.

(فَصْلٌ)

(مَسَائِلُ شَتَّى)

(ليس لذي سفل عليه علو لغيره أن يَتِدَ في سفله) أي: وتداً **(أو ينقب كوة بلا رضا ذي العلو، ولا لذي العلو أن يبني عليه)** أي: على علوه، ولا أن يضع عليه جذوعاً لم تكن أو يحدث كنيفاً إلا ترضى صاحب السفل، هذا عند أبي حنيفة.

(وعندهما: لكل منهما فعل ما لا ضرر فيه بلا رضا الآخر) هذا بناء على أن الأصل عندهما: الإباحة ما لم يقم مانع؛ لأنه تصرف في ملكه، والملك يقتضي الإطلاق.. فلا يمنع إلّا بعارض الضرر؛ فإذا تيقن عدم الضرر.. لم يمنع بالاتفاق، وإن لم يتيقن عدمه، بل أشكل.. فعندهما: لم يجيز المنع؛ لأن الإطلاق يقين، واليقين لا يزول بالشك.

والأصل عنده الحظر؛ لأنه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير، وهو صاحب العلو؛ لأن قرار العلو على السفل، ولهذا يمنع صاحب السفل من الهدم اتفاقاً، وتعلق حق الغير يمنع المالك عن التصرف؛ كما منع حق المرتهن والمستأجر المالك عن التصرف في الرهن والمستأجر.

هذا، وقال في «غاية البيان»: قال بعض مشايخنا في شروح «الجامع الصغير»: ما حكي [٢٠٤/ب] عن الإمامين ههنا: تفسير لقول أبي حنيفة؛ لأن أبا حنيفة إنما أراد

وَقِيلَ: قَوْلُهمَا تَفْسِيرٌ لقَوْلِهِ.

وَلَيْسَ لأهلِ زائغةٍ مستطيلةٍ تنشعبُ مِنْهَا مستطيلةٌ غيرُ نَافِذَةٍ فتحُ بَابٍ فِي المتشعبةِ.

بالمنع: ما فيه ضرر ظاهر، فيكون فصلاً مجمعاً عليه؛ يعني: أن النزاع ههنا لفظي لا حقيقي، وإليه أشار بقوله، (وقيل: **قولهما تفسير لقوله**) أي: قول أبي حنيفة.

ولم يذكر أن السفل إذا انهدم أو هدمه صاحبه هل يجبر على البناء؟

ففي «الخلاصة»: سفل لرجل، وعليه علو لغيره، انهدم السفل.. لم يجبر صاحب السفل على البناء، ويقال لصاحب العلو: إن شئت.. فابن السفل والعلو من مالك وامنع صاحبه من الانتفاع به حتى يرد عليك قيمة البناء.

وذكر الخصاف: أنه يرجع بما أنفق.

وفي «البحر»: إذا هدم صاحب السفل سفله.. يجبر على البناء؛ لأنه تعدى على صاحب العلو بالهدم، بخلاف ما لو انهدم السفل.. فإنه لا يجبر على البناء؛ لعدم التعدي في الانهدام.

وتفصيل هذه المسألة في حيطان «العمادي» و«الفصولين»، فارجع إليه.

(**وليس لأهل زائغة مستطيلة**)؛ نافذة أو غير نافذة، على ما يشير إليه إطلاق المصنف، وكذا إطلاق «الهداية»، لكنه قيد في «العناية» بغير النافذة، نقلاً عن التمرتاشي.

وقال في «غاية البيان»: والمراد بالزائغة: المحلة، سميت بها لميلها من طرف إلى طرف، من: زاغت الشمس إذا مالت.

(**تنشعب منها**) زائغة (**مستطيلة غير نافذة فتح باب في المتشعبة**) الغير النافذة؛ لأن فتح الباب للمرور، ولا حق لهم في المرور فيها؛ لأن المرور لأهلها خاصة؛ لكونها غير نافذة، بمنزلة دار بين قوم، ليس لأحد أن يفتح باباً بغير إذنهم، فكذا هذا.

ألا ترى: أنه لو بيعت دار في تلك السكة.. ليس لأهل السكة العظمى أن يأخذوا بالشفعة؛ لأن تلك السكة لهم خاصة، بخلاف النافذة؛ لأن المرور فيها حق العامة.

وقيل: إنما منع عن المرور فيها، لا من فتح الباب؛ لأن الفتح رفع لجداره وله أن يرفع جميع جداره بالهدم، فرفع بعضه أولى، ولهذا لو فتح كوة أو باباً للاستضاءة دون المرور.. لم يمنع، والأول أصح، على ما في «الهداية» وغيرها؛ لما ذكرناه، ولأن بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة، ولأنه لو فعل ذلك وتقادم العهد.. ربما يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب، ويكون القول قوله من هذا الوجه.. فيمنع ابتداء.

أطلقه فشمل جانب الأعلى والأسفل، وفيه اختلاف؛ ففي حيطان «قاضي خان»: رجل له دار في سكة غير نافذة، لها باب فيها، أراد أن يفتح [٢٠٥/أ] لها باباً آخر أسفل من بابها.. اختلفوا فيه، والصحيح: أنه ليس له ذلك.

ولو أراد أن يفتح له باباً آخر أعلى من بابه.. كان له ذلك.

وقال في حيطان «البزازية» و«الخلاصة»: رجل له دار، وله عليها باب، أراد أن يفتح باباً آخر أسفل من ذلك الباب، والسكة غير نافذة.. له ذلك وإن أبى أهل السكة. انتهى.

فعلم: أن في المسألة اختلافاً، ومرادهم بالأسفل: جانب الطريق الأعظم من تلك السكة الغير النافذة، لا جانب قصورها.

قال في حيطان «الخلاصة»: إذا كان لرجل دار ظهرها في سكة غير نافذة، مشتركة بينه وبين غيره، أراد أن يفتح باباً.. ليس له ذلك، هو المختار. انتهى.

أقول: الظاهر من قيد الاشتراك: أنه ليس له ذلك، وإن كان له حق المرور في المختار؛ لأن الاشتراك يقتضي حق المرور.

وَفِي النافذةِ ومستديرةٍ لَزِقَ طرفاها.. لَهُم ذَلِك.

(وفي النافذة ومستديرة لزق طرفاها) هكذا:

(**لهم**) أي لأهل السكة الأول ى (**ذلك**) أي فتح الباب في السكة الثانية النافذة في المستديرة في أي موضع شاء؛ لأنها سكة واحدة؛ إذ هي ساحة مشتركة، لكل واحد منهم حق المرور في كلها، ولهذا يشتركون في الشفعة إذا بيعت دار منها، وفي النافذة حق للعامة؛ لأنها طريق العامة.

والأصل ههنا: أن كل ما يتعلق به حق العامة.. فليس لأحد أن يتصرف فيه بما يتضرر به آحاد الناس، ومن تصرف فيه بذلك.. فلكل واحد منهم أن يعترض عليه ويمنعه.

وكذا كل ما يتعلق به حق العامة.. فليس لأحد منهم أن يتصرف فيه بذلك، ومن تصرف فيه.. فلكل واحد من تلك الخاصة أن يعترض عليه.

قال في «العمادي»: رجل له دار في سكة غير نافذة، اشترى بجنب هذه الدار بيتاً ظهره في هذه السكة.. ليس له ذلك؛ أي: فتح الباب في هذه السكة، ولأهل السكة أن يمنعوه عن ذلك، على ما نص عليه محمد في كتاب الشرب، واختاره أبو القاسم الصفار، والفقيه أبو جعفر، وأبو الليث.

وكان الفقيه أبو بكر والفقيه أبو نصر يقولان: له ذلك، وليس لأهل السكة أن يمنعوه عن ذلك؛ كما إذا أراد أن يفتح باباً للبيت في داره ليدخل من البيت في داره ويتطرق من داره إلى السكة.. فإنه لا يكون لأهل السكة أن يمنعوه من ذلك، على ما نصّ عليه في كتاب القسمة.

ووجه الفرق للأولين بين هذه المسألة وبين ما نحن فيه: أنه إذا فتح للبيت باباً في هذه السكة [٢٠٥/ب] أي: الغير النافذة.. يصير طريق السكة طريقاً لهذا البيت

أيضاً؛ لأن الدخول في البيت يجعل من طريق السكة أي: الغير النافذة يصير طريق السكة، وفي ذلك ضرر على أهل السكة؛ لزيادة الشركاء الدخول فيه.

وأما إذا فتح للبيت باباً في داره.. فإن طريق السكة لا يصير طريقاً للبيت؛ لأنه لا يدخل في البيت من طريق السكة، وإنما يدخل من داره بحكم الملك لا بحكم الطريق.. فلا يصير طريق الدار طريقاً للبيت، حتى لا يدخل الطريق في بيع البيت.. حتى يبيع البيت بحقوقه، فلا يزداد الشريك في الطريق، فحصل الفرق بينهما.

فإن قيل: ما الفرق بين هذه المسألة وبين مسألة ذكرها في كتاب الشرب: أن من اشترى أرضاً بجنب أرضه وشرب الأرض المشتراة من جانب آخر، فأراد أن يستوفي الماء من الأرض القديمة إلى الأرض المشتراة.. ليس له ذلك، وإن كان يسوق الماء أولاً في خالص ملكه كما أن ههنا يدخل داره أولاً، ثم يدخل البيت؟

أجيب: بأن الفرق بينهما: أن في مسألة الشرب حال ما يسوق الماء إلى الأرض المشتراة كما هو مستعمل أرضه القديمة مستعمل مجرى الماء؛ لأنه متصل أوله بآخره، وليس له استمال مجرى الماء المشتركة بسوق الماء إلى أرض شربها من نهر آخر.. أما ههنا: حال ما يدخل البيت من الدار هو غير مستعمل لطريق السكة؛ لأن استعمال الطريق بالمرور فيه، وقد انقطع المرور بالدخول في الدار.

هذا إذا كان الدار ميراثاً بين قوم في سكة غير نافذة فاقتسموها فيما بينهم على أن يفتح كل واحد منهم في نصيبه باباً.. كان لهم ذلك وإن أبى أهل السكة.

فإن قيل: ما الفرق بينه وبين ما إذا كان لرجل أرض ولها شرب من نهر مات صاحب الأراضي واقتسم وارثه الأراضي على أن يفتح كل واحد منهم لأرضه كوة من النهر ليس لهم ذلك.

أجيب: بأن الفرق بينهما: أن الورثة قائمون مقام الميت، والميت حال حياته لو أراد أن يفتح لهذه الأراضي كوة أخرى من هذا النهر.. ليس له ذلك؛ لأنه يريد أن يأخذ زيادة على قدر حقه من الشرب، وليس له ذلك.. فكذا لا يكون لوارثه ذلك،

والميت حال حياته لو أراد أن يفتح باباً إلى تلك السكة.. كان له ذلك، فكذا لورثته، كذا في «العمادية».

وفيها أيضاً: إذا باع الرجل داراً بابها في سكة نافذة وقد كان باب تلك الدار في القديم في سكة غير نافذة، فأراد المشتري أن يفتح [٢٠٦/أ] باباً إلى تلك السكة ومنعه الجيران من ذلك.. ينظر؛ إن أقر أهل السكة بذلك الباب.. فله أن يفتحه ويمر منه؛ لأنه قائم مقام البائع وكان للبائع ذلك، فكذا للمشتري منه.

وإن جحد أهل السكة ذلك الباب.. فالقول قولهم مع اليمين إن لم يكن للمشتري بينة.

إذا اشترى حجرة في سكة غير نافذة، وأراد أن يجعلها طريقاً لحاجته وتصير السكة نافذة.. يرجع إلى القاضي؛ فإن كان فيه ضرر فاحش.. يمنع عن ذلك، ولو لم يكن فيه ضرر فاحش واستوثق ذلك ما يدفع الضرر ويقوم مقام الحائط.. لم يمنع من ذلك.

وفي «العيون» عن محمّد: سكة لا تنفذ، اشترى رجل في قصويها داراً في ظهرها طريق نافذ، فأراد أن يجعلها طريقاً نافذاً.. ليس له ذلك، ولو اتخذها خاناً ينزل فيه الناس، وجعل لها بابين.. فله أن ينزل من أيهما شاء، وليس لهم أن يتخذوه طريقاً.

ليس لأهل السكة أن ينصبوا على رأس سكنهم درباً ويسدوا رأس السكة؛ لأن مثل هذه السكة ولو كانت ملكاً ظاهراً لهم.. لكن للعامة فيها نوع حق، وهو: أنه إذا زوحم الناس في الطريق.. كان لهم أن يدخلوها حتى يخف الزحام، كذا في «الفصولين».

ثم قال فيه بعلامة «الإيضاح»: سكة غير نافذة.. ليس لأصحابها بيعها ولو اتفقوا عليه، ولا أن يقسموها فيما بينهم؛ إذ الطريق الأعظم إذا كثر فيه الناس.. كان لهم أن يدخلوا هذه السكة حتى يخف الزحام.

وقال فيه أيضاً بعلامة فوائد شمس الأئمة: قال أبو حنيفة: الطريق لو كان غير نافذ.. فلأصحابه أن يضعوا فيه الخشب ويربطوا فيه الدواب ويتوضؤوا فيه؛ فلو عطب أحد بالوضوء أو الخشب أو الدابة.. لا يضمن.

ولو حفر فيه أحد من أهل الطريق بئراً، أو بنى فعطب به أحد.. ضمن، ويؤخذ بطمِّ البئر ونقض الحفر.

وعن محمد: ليس لأهل السكة الغير النافذة أن تحفر فيها بئراً بصب الماء وإن اتفقوا كلهم عليه، ولا أن يدخلوها في دورهم، وإنما لهم المرور والجلوس إذا أراد أن يتخذ طيناً في سكة غير نافذة.

قال البرمكي وغيره: إن ترك من الطريق مقدار الممر للناس ويرفعه سريعاً ويتخذ في الأجانين مرة.. لم يمنع من ذلك.

وكان ابن سلمة يقول له: بل الطين، وأن يتخذ الآري - أي: المعلف - في سكة غير نافذة، وليس لأحد منعه عن ذلك.

وفي «فتاوى الفضلي»: اتخذ على باب داره في سكة غير نافذة آرياً يمسك دابته هناك.. فلكلِّ واحد [٢٠٦/ب] من أهل السكة أن يأخذ بنقض الآري، وليس لهم أن يمنعوه عن إمساك الدواب على باب داره؛ لأن السكة إذا كانت غير نافذة.. فهي كدار مشتركة بين الشركاء، والدار إذا كانت مشتركة.. فلكل واحد من الشركاء أن يسكن في بعضها مقدار حصتها، ولكن ليس له أن يبني فيها، واتخاذ الآري من جملة البناء.

ولو كانت السكة نافذة.. فلكل واحد من أهلها إمساك الدابة على باب داره بشرط السلامة.

وفي أول الرابع والثلاثين من «العمادية»: إذا أراد الرجل إحداث ظلة في طريق العامة، وذلك لا يضر بالعامة.. فالصحيح من مذهب أبي حنيفة: أن لكل واحد من

آحاد الناس حق المنع وحق الطرح. وقال محمد: له حق المنع من الإحداث، لا حق الطرح.

وقال أبو يوسف: ليس له كلاهما.

وإن كان يضر ذلك بالمسلمين.. فلكل واحد من آحادهم حق الطرح والدفع.

وإن أراد إحداث الظلة في سكة غير نافذة لا يعتبر فيه الضرر وعدمه، بل يعتبر فيه الإذن من أهل السكة، قال في «قاضي خان»: وإن أحدث رجل فيها أي: في سكة غير نافذة.. شيئاً نحو الكنيف والميازيب. قال أبو حنيفة: إذا خاصمه في ذلك واحد من الناس.. له أن يهدم، وإن كانت قديمة.. ترك.

ولو أراد أن يحدث رجل في آخر السكة شيئاً.. لا يملك إلا بإذن جميع أهلها، الأعلى والأسفل. انتهى.

وهكذا في «البزازية»؛ حيث قال: سكة غير نافذة، أحدث رجل في آخر السكة شيئاً.. لا يملك إلا بإذن كل أهل السكة، الأعلى والأسفل. انتهى.

قال في دعوى القاعدة: من له حق المرور في أرض غيره في ممر معين، فبنى صاحب الأرض على ذلك الممر بناء بإذن صاحب الحق.. ليس له أن يخاصم بعد ذلك؛ لأن الحق يبطل ويسقط بالرضاء، بخلاف ما إذا كان له رقبة الطريق فبنى صاحب الأرض. انتهى.

فعلم منه: أن حقه في الصورة الثانية لا يبطل بالرضاء والإذن.. فله المطالبة بعد الإذن، وهو المراد بقول القاعدة في البيوع: الضرر لا يصير لازماً بالرضاء والإذن، وسنذكر ما يتعلق بهذا في كتاب الشرب.

وهل يباح إحداث الظلة على طريق العامة؟

ذكر الطحاوي: أنه يباح، ولا يأثم قبل أن يخاصمه أحد، وبعد المخاصمة.. لا يباح الإحداث ولا الانتفاع، ويأثم بترك الظلة.

وَمن ادّعى هبةً فِي وَقتٍ فَسئلَ بَيِّنَةً، فَقَالَ: جحدني الْهِبَةَ فاشتريتُهُ مِنْهُ، أَو لمْ يقلْ ذَلِك، فبرهنَ على الشِّرَاءِ بعدَ وَقتِ الْهِبَةِ.. تقبل.

وَلَو قبلَه.. لَا تقبلُ.

وَمن ادّعى أَنَّ زيداً اشْترى جَارِيَته فَأنْكرَ زيدٌ وَتركَ هُوَ خصومته.. حلَّ لَهُ وَطْؤُهَا.

وقال أبو يوسف: له الانتفاع إذا كان لا يضر بالعامة.

وفي «المنتقى»: إذا أراد أن يبني كنيفاً أو ظلة [٢٠٧/أ] على طريق العامة.. فإني أمنعه عن ذلك؛ فإن بنى، ثم اختصموا.. نظرت فيه؛ فإن كان فيه ضرر.. أمرته أن يقلع، وإن لم يكن فيه ضرر.. تركته على حاله.

(**ومن ادعى هبة**) دار في يد رجل (**في وقت**) معين (**فسأل**) ذو اليد (**بينة**) على دعواه، (**فقال**) المدعي: (**جحدني الهبة، فاشتريته منه، أو لم يقل ذلك**) القول أي: جحدني الهبة فاشتريته منه، (**فبرهن على الشراء بعد وقت الهبة.. تقبل، ولو قبله.. لا تقبل**)؛ لظهور التناقض من حيث إنه ادعى الشراء بعد الهبة، والشهود شهدوا شراء قبلها، فكانت الشهادة مخالفة للدعوى، فكان بين الشهادة والدعوى تناقض.

بخلاف الأول لإمكان التوفيق فيه؛ إذ الشراء فيه وجد بعد وقت الهبة.

وفي قوله: «فقال جحدني الهبة» إشارة إلى أنه لا بد من التوفيق بالفعل في رفع التناقض ولا يكفي إمكان التوفيق، وفيه اختلاف ذكرناه في فصل «البينة حجة متعدية» فارجع إليه.

(**ومن ادعى أن زيداً اشترى جارية**) منه (**فأنكر زيد**) الشراء منه (**وترك هو**) أي: المدعي (**خصومته.. حلّ له**) أي: للمدعي (**وطؤها**)؛ لأن المشتري لما جحد العقد.. كان ذلك فسخاً من جهته؛ لأن الجحود إنكار للعقد من الأصل، والفسخ رفع له من الأصل، فيتلاقيان بقاء.. فجاز أن يقوم أحدهما مقام الآخر، كما لو تجاحدا؛ فإنه يجعل فسخاً لا محالة؛ فإذا عزم البائع على ترك الخصومة.. تم الفسخ من الجانبين،

وَمن أقرَّ بِقَبضِ عشرَةٍ، وَادّعى أنَّها زيوفٌ أَو بنهرجة صُدِّقَ.

وبمجرد العزم على الترك وإن لم يثبت الفسخ، لكنه اقترن بالفعل وهو إمساك الجارية ونقلها.

فإن قيل: لو جاز قيام الجحود والعزم على الترك مقام الفسخ.. لجاز لامرأة جحد زوجها النكاح وعزمت هي على ترك الخصومة: أن تتزوج بزوج آخر؛ إقامة لها مقام الفسخ، وليس كذلك.

أجيب: بأن صحة قيام الشيء مقام غيره: إذا احتمل المحل ذلك الغير بالضرورة، والنكاح لا يحتمل الفسخ بالإنكار بعد اللزوم، فكيف يقوم غيره مقامه؟

واختلف في معنى ترك الخصومة أو العزم عليها:

قيل: يكتفى بالقلب.

وقيل: يشهد بلسانه على ما في قلبه، ولا يكتفى بالقلب، ذكرها في «البحر» نقلاً عن «المحيط».

وفي «الهداية»: لا بد من الاقتران بالفعل بإمساكها ونقلها واستخدامها؛ فإن من له خيار الشرط إذا فسخ بقلبه.. لا ينفسخ.

(**ومن أقر بقبض عشرة**) دراهم من فلان قرضاً، أو ثمن سلعة له عنده، أو غير ذلك (**وادعى**) موصولاً أو مفصولاً على ما في «العناية» (**أنها زيوف أو بنهرجة.. صدق**)؛ لأنها من جنس الدراهم، إلا أنها معيّبة [٢٠٧/ب]، ولهذا لو تجوز بهما في الصرف والسلم.. يجوز؛ لعدم كونه استبدالاً، والقبض لا يختص بالجياد، بل يجوز في الزيوف أيضاً، فالإقرار بالقبض لا يستلزم الإقرار بقبض الجياد، حتى يكون دعوى الزيوف مناقضاً لإقراره، بل هو منكر لبعض حقه، والقول قول المنكر مع يمينه.

لَا إِنِ ادّعى أَنَّها سَتّوقةٌ، وَلَا إِنْ أقرَّ بِقَبضِ الْجِيَادِ أَو حَقِّهِ أَو الثّمنِ أَو بِالِاسْتِيفَاءِ.

والزيفُ: مَا يردُّهُ بَيتُ المَالِ.

والبنهرجة: مَا يردُّهُ التُّجَّارُ أَيْضاً.

(**لا إن ادعى أنها ستوقة**)؛ لأنها ليست من جنس الدراهم، حتى لو تجوز في الصرف والسلم.. لم يجز؛ لكونه استبدالاً فيما لا يجوز الاستبدال فيه، فيكون متناقضاً في دعواه.

أطلقه فشمل: ما كان موصولاً أو مفصولاً، ولا شك أنه لا يقبل مفصولاً، وأما موصولاً.. فيصدق فيه؛ لأنه بيان تغيير، فيقبل موصولاً لا مفصولاً، على ما في «العناية».

قيّد بإقراره بقبض عشرة؛ لأنه لو أقر أنه قبض حقه أو الثمن أو استوفى.. لم يصدق مطلقاً؛ للتناقض، على ما في «البحر».

وقيد بالدراهم؛ لأن المشتري لو أقر أنه قبض المبيع، ثم ادعى عيباً به.. لم يصدق، بل القول لبائعه؛ لأن المبيع معين؛ فإذا قبضه.. فقد أقرّ بأنه استوفى عين حقه، ولأنه بدعواه العيب صار متناقضاً.

واقتصر على: «قبض عشرة»، ولم يقل عشرة جياد؛ لأنه لو قال: قبضت عشرة جياداً، ثم ادعى أنها زيوف أو بنهرجة.. لا يصدق، موصولاً كان أو مفصولاً؛ للتناقض.

وقيد بدعوى المقر؛ لأنه لو أقر بقبض دراهم معينة، ثم مات فادعى وارثه أنها زيوف.. لم يقبل.

وكذا إذا أقر بالوديعة أو المضاربة أو الغصب مات وزعم الوارث أنها زيوف.. لم يصدق؛ لأنه صار ديناً في مال الميت، كذا في «البحر»[1] (**والزيوف: ما يرده بيت المال، والبنهرجة: ما يرده التجار أيضاً**)، فيكون أردأ من الزيوف.

---

(١) نقص من المتن: (ولا إن أقر بقبض الجياد أو حقه أو الثمن أو بالاستيفاء).

والستوقةُ: مَا غَلَب غِشُّه.

وَمن قَالَ لمن أقرّ لَهُ بِأَلفٍ: لَيْسَ لي عَلَيْك شَيْءٌ، ثمَّ قَالَ فِي مَجْلِسِه: نعم، لي عَلَيْك ألفٌ.. لَا يُقبلُ مِنْهُ بِلَا حجَّةٍ.

بِخِلَاف مَا لَو كذَّبَ من قَالَ لَهُ: اشْتريتَ مني هَذَا، ثمَّ صدقه.

قال في «المغرب» في باب الباء: البنهرج: الدرهم الذي فضته رديئة.

وقيل: الذي الغلبة فيه للفضة.

وعن الأزهري وابن الأعرابي: المبطل: السكة، وقد استعير لكل رديء باطل، ومنه: بُهرِجَ دمُه إذا أُهدر وأبطل.

وعن اللحياني: درهم بنهرج، ولم أجده بالنون إلا له. انتهى.

ثم قال في باب الراء: وقيل: الزيوف دون البهرج في الرداءة؛ لأن الزيوف ما يرده بيت المال، والبهرج ما يرده التجار. انتهى.

(**والستوقة: ما غلب غشه**)، فيكون أردأ من البهرجة، حتى خرج من جنس الدراهم.

وفي «المغرب»: الستوقة بالفتح: أردأ من البهرج.

(**ومن قال لمن أقر له بألف: ليس لي عليك شيء، ثم قال في مجلسه: نعم، لي عليك ألف.. لا يقبل منه بلا حجة، بخلاف ما لو كذب من قال له: اشتريت**) أنت (**مني هذا العبد، ثم** [٢٠٨/أ] **صدقه**).

اعلم: أن الإقرار؛ إما أن يكون بما يحتمل الإبطال، أو بما لا يحتمله.

فإن كان الأول؛ فإما أن يستقل المقر بإثباته، أو لا، والثاني يرتد برد المقر له مستقلاً بذلك، كما أن المقر مستقل بإثباته، والثاني يحتاج إلى تصديق خصمه، فعلى هذا: إذا قال لآخر: لك علي ألف درهم، فقال الآخر ليس لي عليك شيء، ثم قال في مجلسه: نعم لي عليك ألف درهم.. لا يقبل قوله بلا حجة، ولا يلزم عليه شيء؛

وَمن قَالَ لمن ادّعى عَلَيْهِ مَالاً: مَا كَانَ لك عَليّ شَيْءٌ قطّ، فبرهنَ عَلَيْهِ بِهِ،

لأن المقر أقر بما يحتمل الإبطال، وهو مستقل بإثبات ما أقر به لا محالة، وقد رده المقر له، فيرتد.

وقوله: «نعم لي عليك ألف درهم» غير مفيد؛ لأنه دعوى، فلا بد لها من بينة أو تصديق خصم، حتى لو صدقه المقر ثانياً.. لزمه المال استحساناً.

وإذا قال: اشتريت مني هذا العبد، وأنكره الخصم.. له أن يصدقه بعد ذلك؛ لأن البيع لا ينفسخ بمجرد جحود المشتري وحده؛ فإذا لم ينفسخ.. له أن يصدقه؛ فإن صدقه.. يقبل تصديقه؛ لأن إقراره وإن كان بما يحتمل الإبطال، لكن المقر له ليستقل بإثباته.. فلا ينفرد أحد العاقدين بالفسخ؛ كما لا ينفرد بالعقد، فبقي العقد، فيعمل التصديق.

بخلاف الأول؛ فإن أحدهما ينفرد بالإثبات، فينفرد الآخر بالرد.

وإن كان الثاني؛ كما إذا نسب عبده من إنسان فكذبه المقر له، ثم ادعاه المقر لنفسه.. فإنه لا يثبت منه النسب عند أبي حنيفة؛ لأن الإقرار بالنسب إقرار بما لا يحتمل الإبطال، فلا يرتد بالرد وإن وافقه المقر على ذلك، كذا في «العناية».

أقول: قول لا يقبل منه بلا حجة، وهكذا في «الهداية»، وفسرها في «العناية» بالبينة كما ترى، يقتضي سماع الدعوى منه بالبينة.

واستشكل في «البحر» بما في «البزازية»: في يده عبد، فقال لرجل: هو عبدك، فرده المقر له، ثم قال: بل هو عبدي، وبرهن.. لا يقبل؛ للتناقض. انتهى.

قلت: لا إشكال فيه؛ لأنه في مسألة «البزازية» أقر أولاً أن العبد لذي اليد، ثم ادعاه لنفسه، وهذا تناقض ظاهر.. فلا يسمع، بخلاف مسألة الكتاب؛ إذ ليس فيها الإقرار أولاً للمقر ثم دعواه لنفسه، بل كذب المقر أولاً، ثم صدقه.. فلا تناقض فيه.

(**ومن قال لمن ادعى عليه مالاً: ما كان لك علي شيء قط**) أي: في جميع الأزمنة الماضية (**فبرهن**) المدعي (**عليه**) أي: على المنكر (**به**) أي: بما ادعاه،

فبرهنَ هُوَ على الْقَضَاءِ، أَو الْإِبْرَاءِ.. قُبِلَ برهانُه.

(فبرهن هو) أي: المدعى عليه **(على القضاء أو الإبراء.. قبل برهانه)** بينة المدعى عليه على القضاء والإبراء؛ لأن دعوى الدفع ودفع الدفع صحيح، بعد الإثبات وقبله، وقبل [٢٠٨/ب] الحكم وبعده.

وقال زفر وابن أبي ليلى: إنها لا تقبل؛ لأن القضاء يتلو الوجوب، وقد أنكره، فكان مناقضاً في دعواه، وقبول البينة يقتضي دعوى صحيحة.

ولنا: أن التوفيق ممكن؛ لأن غير الحق قد يقضي ويبرأ منه؛ دفعاً للخصومة والشعب، ألا ترى أنه يقال: قضى بباطلٍ، كما يقال: قضى بحق، وقد يصالح على شيء فيثبت، ثم يقضى.

وكذا إذا قال: ليس لك علي شيء.. المسألة بحالها؛ لأن التوفيق أظهر؛ لأن «ليس» لنفي الحال؛ فإذا أقام المدعي البينة على المدعى به، والمدعى عليه على القضاء أو الإبراء قبل زمان الحال.. لم يتصور تناقض أيضاً.

وكذا لو قال: كان ذلك على شيء، إلا أني أديت أو أبرأت.. تسمع، أو فصل إن برهن عليه.

وأما لو قال: استدنت منك:

فعلى ما يقتضيه التعليل المذكور؛ أعني: قولهم: «إن غير الحق قد يقضي ويبرأ».. أنه يسمع.

وعلى ما يقتضي قولهم: أن القضاء أو الإبراء يستدعي سبق الدين.. أنه لا يسمع، على ما صرح به في «البزازية»، وسنذكره بعبارته.

وهذا كما لو ادعى داراً في يد رجل أنه اشتراها منه بألف درهم، فقال ذو اليد: لم أبع، فلما أقام المدعي البينة على ما ادعى.. أقام ذو اليد البينة على أن المدعي رد عليه الدار.. تقبل بينته وينتقض البيع بينهما.

وكذا لو كان المدعي عليه أولاً قال: لا بيع بيننا، وهذا أظهر من الأول.

وإِنْ زَادَ على إِنْكَارِهِ: وَلَا أعرفك.. فَلَا.

وكذا لو قال: لم يجر بيننا بيع، فلما أقام المدعي البينة على الشراء.. أقام البينة أن المدعي رد عليه الدار.. تقبل بينته، كذا في «قاضي خان».

ومن هنا: ظهر أن إمكان التوفيق كافٍ في دفع التناقض بلا حاجة إلى التوفيق بالفعل، على ما ذهب إليه بعض المشايخ، وقد ذكرناه مفصلاً من قبل.

وفي «البحر»: لو ادعى القصاص على آخر، فأنكر، فبرهن المدعي، وأقام المدعى عليه البينة على العفو أو الصلح عن سكوت.. قبل.

وكذا في دعوى الرق.

ولو صالح عن إنكار، ثم برهن عليه.. لا يقبل.

(**وإن زاد على إنكاره: «ولا أعرفك».. فلا**) تقبل بينته على القضاء، ولا على الإبراء؛ لتعذر التوفيق؛ إذ لا يمكن بين الخصمين أخذ وإعطاء، وقضاء واقتضاء، ومعاملة بلا خلطة ولا معرفة، هذا هو الظاهر.

قيل: تقبل فيهما؛ لأن المحتجب قد يؤذى بالشغب على بابه، فيأمر بعض وكلائه بإرضائه، ولا يعرفه، فكان التوفيق ممكناً.

وقيل: تقبل على الإبراء فقط دون القضاء؛ لأنه يتحقق بلا معرفة.

وقوله: «ولا رأيتك، أو لا تجري بيننا معاملة، أو مخالطة، أو لا أخذ ولا إعطاء بيننا [٢٠٩/أ]، أو ما اجتمعت معك في مكان»: مثل قوله: «لا أعرفك» في الحكم على ما في «فتح القدير».

وفي كتاب الدعوى من «القنية»: قال المدعى عليه للمدعي: «لا أعرفك» فلما ثبت الحق بالبينة ادعى الإيصال.. لا يسمع، ولو ادعى إقرار المدعي بالوصول أو الإيصال.. يسمع. انتهى.

وفيها أيضاً: لو ادعى مهر امرأة، فقال: «ما تزوجها»، ثم ادعى الإبراء عن المهر.. فهو دفع مسموع إن وفق.

وَلَو ادّعى على آخرَ بيعَ أمتِهِ مِنْهُ، وَأَرَادَ ردَّها بِعَيْبٍ، فَأَنْكرَ، فبرهن الْمُدَّعِي على البيعِ، وَالْمُنكرُ على الْبَرَاءَة من كلِّ عيبٍ.. لَا يُسمع برهَانُ الْمُنكر.

وفيها أيضاً: مات عن زوجة وأولاد زوجة أخرى، فأنكر الأولاد زوجيتها أصلاً وقالوا: «ما كانت زوجة أبينا قط»، فأقامت بينة بالنكاح والمهر، ثم ادعى الأولاد أنها كانت مطلقة.. لا تسمع، وكذا دعوى البراءة لا تسمع.

أنكر المودع الوديعة؛ فإن جحد الإيداع أصلاً، ثم أقام بينة على الرد.. لا تقبل، وإن أنكر الوديعة.. تقبل؛ لإمكان التوفيق.

(ولو ادعى على آخر بيع أمته منه)؛ بأن قال: «بعت أنت أمتك هذه مني»، **(وأراد)** المدعي **(ردها)** على آخر **(بعيب، فأنكر)** الآخر البيع، **(فبرهن المدعي على البيع، والمنكر على البراءة من كل عيب.. لا يسمع برهان المنكر)** في ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف: أنها تقبل؛ لإمكان التوفيق على ما مر في القضاء والإبراء.

ووجه الظاهر: أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره، وذلك يقتضي وجود أصل العقد؛ لأن الصفة بدون الموصوف غير متصورة، وهو قد أنكره.. فكان مناقضاً.

بخلاف مسألة الدين؛ لأنه قد يقضى وإن كان باطلاً على ما تقدم.. فيمكن التوفيق؛ كذا في «البداية».

وبيَّن في «الزيلعي»: التوفيق بأن لم يبعها منه، وإنما باعها منه وكيله وأبرأه عن العيب.. فيكون صادقاً بذلك.

ونظيره: ما ذكره أبو يوسف: أنه لو ادعى الشراء من شخص فأنكر، فأقام المدعي البينة على الشراء، فأقام المنكر البينة أنه قد رد المبيع على البائع.. تقبل بينته؛ لما ذكرناه من التأويل، أو يقول: «أخذته مني ببينة كاذبة، ثم استقلته مني فأقالني». انتهى.

وَذكرُ: «إِنْ شَاءَ اللهُ» فِي آخرِ صَكٍّ.. ....

وذكر هذه المسألة في الخامس عشر من دعوى «البزازية» نقلاً عن الخصاف، ثم قال: وفي «الأصل»: ادعي شراء دار منه، فأنكر الشراء، فلما برهن المدعي على الشراء ادعى المنكر الإقالة.. تسمع دعواه، ولو لم يدع الإقالة وادعى إبراء الثمن أو الإيفاء.. اختلف فيه المتأخرون.

وأجاب أئمة سمرقند في امرأة ادعت على رجل أنه تزوجها بكذا من المهر، وطالبته بالمهر [٢٠٩/ب] فأنكر الزوج النكاح، فلما برهنت هي على النكاح.. ادعى الزوج الخلع على المهر وبرهن.. يسمع؛ لجواز أن يكون أبوه زوّجها منه في صغره، ولم يعلم بالنكاح.

ذكر في «الأقضية»: ادعى عليه ألفاً وديعة، فأنكر، فلما أقام البرهان على الإيداع.. ادعى الرد أو الهلاك؛ إن كان قال: «ما أودعتني أصلاً».. فالدفع باطل؛ لأن الرد والهلاك يستدعيان وجود الإيداع، فلم يمكن التوفيق.

وإن كان قال: «ليس لك عندي وديعة».. تسمع دعوى الرد والهلاك؛ لوضوح التوفيق؛ لأنه يمكن له أن يقول: ليس لك عندي وديعة لأني رددتك أو هلكت.

فعلى هذا: في مسألة الدَّين التي ذكرناه آنفاً، وهي: من قال لمن ادعى عليه مالاً «ما كان لك علي شيء قط» ينبغي أن يفصل الجواب ويقال: إن قال: «ما كان لك علي شيء».. تسمع دعوى الإيفاء، ولو قال: «ما استدنت منك».. لا يسمع؛ لعدم إمكان التوفيق، لكن ما عللوها به من أن غير الحق قد يقضى ويبرأ منه.. يقتضي القبول مطلقاً. انتهى

ما في «البزازية».

(وذكر «**إن شاء الله**» **في آخر صك**) الإقرار أو الشراء؛ يعني: أقر على نفسه وكتب صكاً وكتب في آخره: «من أخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق.. فله

يُبطل كُلَّه.

وَعِنْدَهُمَا: آخِرُه فَقَط، وَهُوَ اسْتِحْسَانٌ.

ولاية ذلك إن شاء الله تعالى»، أو كتب في كتاب الشراء «ما أدرك فيه فلاناً من درك.. فعلى فلان خلاصه وتسليمه إن شاء الله تعالى»، كذا في «الهداية».

(يبطل كله) عند أبي حنيفة، (وعندهما): يبطل (آخره فقط)؛ أعني: قوله: «من أخرج هذا الصك، وطلب ما فيه من الحق.. فله ولاية ذلك»، وقوله: «ما أدرك ما فيه فلاناً من درك فعلى فلاناً خلاصه»، ولا يبطل ما قبله أي: يبطل التوكيل وضمان الدرك ويبقى الإقرار والشراء بحاله، والمال المقر به، والثمن لازم؛ لأن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه عندهما لا إلى الجميع؛ لأن المقصود من هذا الكتاب: الاستيثاق والتوكيد، وصرفه إلى الجميع مبطل له، ولأن الأصل في الكلام: الاستبداد والاستقلال.. فلا يكون ما في الصك من الحمل مرتبطاً بعضه ببعض.

ولأبي حنيفة: إن الكل فيما نحن فيه؛ كشيء واحد بحكم العطف.. فينصرف إلى الكل كما لو قال: «عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي إلى بيت الله تعالى إن شاء الله تعالى»؛ فإنه ينصرف إلى الجميع.

(وهو)؛ أي: قولهما (استحسان).

والجواب عنه: أنكم إن أردتم أنه للاستيثاق مطلقاً.. فهو أول المسألة، فلا يصح دليلاً، وإن أردتم أنه للاستيثاق؛ فإذا لم يكتب في آخره: إن شاء الله [٢١٠/أ].. فمسلم، ولا كلام فيه.

وإن الأصل في الكلام: إنما يكون استبداداً إذا لم يوجد فيه ما يدل على خلافه، وقد وجد ذلك وهو العطف، ثم هذا إذا كتب الاستثناء متصلاً من غير فرجة ببياض؛ ليصير بمنزلة الاتصال في الكلام.

وأما إذا ترك فرجة قبيل قوله: «ومن قام بهذا الذكر».. فقد قالوا: لا يلتحق به، ويصير كفاصل السكوت.

قال: قيل: ما فائدة هذا الصك مع أن التوكيل على هذا الوجه توكيل بالمجهول، والمجهول لا يصح وكيلاً؟

قلنا: فائدته: إثبات الرضا من المقر بتوكيل من يوكله المقر له بالخصومة معه على قول أبي حنيفة؛ فإن التوكيل بالخصومة عنده من غير رضا الخصم لا يصح، وكونه توكيلاً بمجهول لا يضر؛ لأنه في الإسقاط؛ فإن للمقر أن لا يرضى بتوكيل المقر له من يخاصم معه؛ فإذا رضي فقط.. أسقط حقه، وإسقاط الحق مع الجهالة جائز.

* * *

(فَصْلٌ)

مَاتَ نَصْرَانِيٌّ فَقَالَتْ زَوجتُه: أسلمْتُ بعدَ مَوتِهِ، وَقَالَ وَارثُه: بل قبلَه.. فَالْقَوْلُ لَهُ.

(فَصْلٌ)

(**مات نصراني فقالت زوجته**) المسلمة: (**أسلمت بعد موته**)؛ لتكون وارثة لزوجها (**وقال وارثه**) أي: وارث الزوج: (**بل**) أسلمت (**قبله**)؛ لتحرم عن الإرث باختلاف الدينين عند الموت (.. **فالقول له**).

وقال زفر: القول قولها؛ إضافة للإسلام الحادث إلى أقرب أوقاته، وهو الأصل في الحوادث.

قلنا: هذا أصل مقرر، ولكن سبب الحرمان وهو اختلاف الدينين ثابت في الحال، فيكون ثابتاً فيما مضى أيضاً استصحاباً؛ كما في جريان الطاحونة عند اختلاف المتعاقدين بعد مضي المدة بأن كان الماء جارياً في الحال.. فالقول للمؤجر استصحاباً.

وإن كان منقطعاً.. فللمستأجر.

والاستصحاب حجة دافعة، فيصلح لدفع استحقاق الميراث لا لاستحقاقها، وكذا العمل بالأصل، والظاهر مطلقاً؛ حجة دافعة لا مثبتة.

واعلم: أن كلاً منهما - أعني: أن الأصل في الحوادث: أن يضاف إلى أقرب أوقاتها، وإن الاستصحاب حجة دافعة - أصل مقرر في كتب أصحابنا، يتفرع على كلّ منهما فروع كثيرة:

ومما يتفرع على الأول: مسألة الكتاب عند زفر، واستثناها فيه أبو حنيفة وصاحباه.

ومنها: المسألة الآتية في الكتاب أيضاً.

ومنها: لو أقر لوارث ثم مات، فقال المقر له: «أقرَّ في الصحة»، وقالت بقية

الورثة: «في مرضه».. فالقول قول الورثة؛ عملاً بالأصل المذكور، والبينة بينة المقر له؛ لأن البينات شرعت لإثبات خلاف الأصل، وإن لم تقم بينة وأراد استحلافهم.. فله ذلك.

ومنها: ما لو قال القاضي بعد عزله [٢١٠/ب] لرجل: «أخذت منك ألفاً ودفعتها إلى زيد قضيت بها عليك»، فقال الرجل: «أخذتها ظلماً بعد العزل أو قبله».. فإن القول: قول الرجل عند بعض المشايخ، واختاره السرخسي؛ عملاً بالأصل المذكور.

وأخرجه أكثر المشايخ من الأصل المذكور وقالوا: الصحيح: أن القول للقاضي، مع أن الفعل حادث؛ لأن القاضي أسنده إلى حالة منافية للضمان فيعمل بقوله، واعتمد عليه ابن كتم.

بخلاف ما لو قال ذلك الرجل: «أخذتها ظلماً حال القضاء».. فالقول قول القاضي بلا خلاف، على ما سيأتي في الكتاب.

ومنها: ما في «النهاية»: رجل أعتق أمته، ثم قال لها: «قطعت يدك وأنت أمتي»، فقالت هي: «قطعتها وأنا حرة».. فالقول للأمة؛ عملاً بالأصل المذكور.

وكذا في كل شيء أخذه منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

ومنها: ما في كتاب «الإقرار من المجمع»: ولو أقر حربي أسلم بأخذ المال من مسلم أو ذمي قبل الإسلام، أو أقر مسلم بمال حربي في دار الحرب، أو أقر المولى بقطع يد معتقه قبل العتق فكذبوه في الإسناد بأن قالوا: «أخذت مالي بعد إسلامك، وقطعت يدي بعد عتقي».. فالقول لهم في الكل؛ عملاً بالأصل المذكور؛ أعني: أن الحوادث تضاف إلى أقرب أوقاتها، هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: القول قوله ولا ضمان عليه؛ لأنه أسند الفعل إلى حالة منافية للضمان، فأخرج هذه المسائل عن الأصل المذكور.

ومنها: ما ذكره في «الزيلعي»: لو اشترى عبداً، ثم ظهر أنه كان مريضاً ومات

عند المشتري.. فإنه لا يرجع في الثمن؛ لأن المرض يتزايد فيحصل الموت بالزائد، فلا يضاف إلى السابق عملاً بالأصل المذكور، لكنه يرجع بنقصان العيب.

ومنها: ما ذكروه فيما لو رأى على ثوبه نجاسة وقد صلى فيه، ولا يدري متى أصابته.. فإنه يعيدها من آخر حدث أحدثه؛ عملاً بالأصل المذكور.

ومنها: بئر وجد فيها فأرة ميتة ولم يعلم وقت سقوطها.. فإنه يحكم بنجاستها من وقت وجدانها عند أبي يوسف ومحمد؛ عملاً بالأصل المذكور؛ لأنه أقرب أوقاته.. فلا يلزم إعادة شيء من الصلاة.

ومنها: ادعت أن زوجها أبانها في المرض فصار فارّاً، وقالت الورثة: «أبانها في الصحة فلا ترث».. فالقول قولها عملاً بالأصل المذكور.

ومنها: في «القنية»: أمة ولدت عند المشتري، فقال البائع: «هو ولدي ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت البيع»، وقال المشتري: «لا، بل ولدته لأكثر من ستة أشهر».. فالقول للمشتري عملاً بالأصل [٢١١/أ] المذكور؛ لأنه أضاف الحمل الحادث إلى ما بعد البيع.

ويتفرع على الاستصحاب في «الفصولين»: لو قال لامرأته: «إذا حِضْتِ فأنت طالق» فادعت أنها حائض منذ خمسة أيام بعد يمينه، وهي كذلك في الحال.. صدقت؛ لأنها أخبرت بوجود حال هي فيها فصدقت.

ولو كانت طاهرة فادعت أنها قد حاضت فطهرت بعد اليمين.. لم تصدق؛ لأنها أخبرت بوجود حال ليست هي فيها.

ومنها: لو قال الزوج: «راجعتك أمس» فلو قال ذلك وهي في العدة.. صدق؛ لأنه أخبر في حال يملك الإنشاء، فكذا يملك الإخبار، ولو لم تكن هي في العدة.. لا يصدق.

ومنها: أن الوكيل بالبيع لو أخبر بالبيع قبل العزل.. صدق لا بعده؛ إذ يملك إنشاءه قبل العزل فصح إخباره، بخلاف ما بعد عزله.

وكذا المولي لو أخبر بالفيء في مدة الإيلاء.. يصدق لا بعد مضيها.

ومنها: أن الأب لو أنفق مال ولده الغائب على نفسه وحضر ولده وادّعى أن أباه كان موسراً وقت الإنفاق وأنكر الأب.. تغير حالة الخصومة؛ فلو كان معسراً وقت الخصومة.. صدق، وإلا.. فلا.

ومنها: أن الأب باع مال ولده الصغير فادعى بعد بلوغه أن بيع الأب وقع بغبن فاحش؛ فإن قيمته كانت يوم باعه مائة، وقد باعه منك خمسين وردّ على ملكي، وقال المدعى عليه: لا، بل قيمته كانت خمسين؛ فإنه بحكم الحال لو لم تكن المدة قدر ما تتبدل فيها الأسعار، فلو كانت مدة تتبدل فيها الأسعار.. صدق، ولو برهنا.. فبينة المثبت للزيادة أولى.

ومنها: لرجل نهر في أرض رجل آخر، وميزاب في دار آخر، فاختلفا، وأنكر رب الأرض والدار ثبوت حقه.. صدق في قوله، وعلى المدعي البينة أن له حق التسييل، إلا إذا كان الماء جارياً زمان الخصومة، لو علم أنه كان يجري قبل ذلك.. فحينئذٍ يصدق رب الماء.

ومنها: ميزاب الشرع إلى الطريق الأعظم لا يعرف حاله، فادعى أنه محدث.. فيقلع، فقال رب الميزاب بقدمه.

ثم لو كان المدعى سائلاً يوم الخصومة.. ترك، لكن يحلف بالله تعالى ما هو محدث بغير حق.

ولو لم يكن سائلاً يومها.. فلا بد من بينة على أنه مسيله، أو كان بيد أبيه كذلك ومات وهو كذلك، فورثه أو شراه بذلك المسيل.

وَكَذَا لَو مَاتَ مُسلمٌ فَقَالَتْ زَوجتُه: أسلمْتُ قبلَ مَوتِهِ، وَقَالَ الْوَارِثُ: بل بعدَه.

ومنها: ميزاب يسيل إلى دار آخر؛ فلو اختلفا في حال جريان الماء.. صدق رب الميزاب، وإلا.. فلا بد من بينة، وقال بعضهم: يترك لو قديماً.

ومنها: [٢١١/ب] سئل محمد عن نهر عظيم لأهل قرى لا يحصون، سكَّره من هو في أعلى النهر عن الأسفل، وقالوا: هو لنا، وقال الأسفلون: هو لنا كله ولا حق لكم فيه.. قال: لو كان النهر يجري إلى الأسفلين يوم الخصومة أو علم أنه يجري إليهم فيما مضى، أو أقام الأسفلون بينة أن النهر كان يجري إليهم والأعلون هم الذين سكروه عنهم.. لا يمنع عن الأسفلين، ويؤمر الأعلون بإزالة السكر عنهم.

ومنها: استأجر أرضاً فاختلفا، فقال المستأجر: استأجرتها وهي فارغة، وقال رب الأرض: كانت مشغولة مزروعة.. قيل: يصدق رب الأرض.

بخلاف المتبايعين لو اختلفا في الصحة والفساد.. يحكم الشرع صدق مدعي الصحة.

وقيل: يحكم الحال، ويصدق المستأجر لو فارغة في الحال، وإلا.. يصدق المؤجر كما في انقطاع ماء الطاحونة.

والأصل في كل ما ذكر: أن بدلالة الحال يستدل على صدق المقال، بناء على أن استصحاب الحال حجة دافعة عندنا.

(وكذا) أي: القول للوارث **(لو مات مسلم فقالت زوجته: أسلمت قبل موته)** لتكون وارثة له، **(وقال الوارث: بل بعده)** لئلا تكون وارثة له، وذلك لأنه لو كان القول قولها.. لزم أن يكون الاستصحاب حجة مثبتة، وليس كذلك عندنا على الصحيح، بل هو حجة دافعة.. فيكون القول للوارث، حتى لا يكون الاستصحاب حجة مثبتة، بل يكون حجة دافعة؛ فإن الأصل بقاء النصرانية إلى ما بعد الموت، وهو المراد بالاستصحاب هنا.

وَإِن قَالَ الْمُودَعُ: هَذَا ابْنُ مودِعي الْمَيِّتِ لَا وَارِثَ لَهُ غَيرُه.. دفعَ الْوَدِيعَة إِلَيْهِ.

وفيه عمل أيضاً بالأصل السابق؛ أعني: أن الأصل إضافة الحوادث إلى أقرب الأوقات.

(**وإن قال المودع هذا ابن مودعي الميت لا وارث له غيره.. دفع الوديعة إليه**)؛ لأنه أقر أن ما في يده حق الوارث خلافة، فيجب دفعه إليه، كما إذا أقر أنه حق المورث وهو في احتمال قيام حق الميت في الوديعة بسبب الدين أو غيره متوهم مشكوك.. فلا يعارض ما ثبت يقيناً بإقراره للوارث، واليقين لا يزول بالشك، فيؤمر بالدفع إليه.

بخلاف ما إذا أقر لرجل أنه وكيل المودع بالقبض، أو أنه اشتراه منه؛ حيث لا يؤمر بالدفع إليه؛ لأنه أقر بقيام حق المودع؛ لكونه حياً، فيكون إقراراً على مال الغير.

فإن قيل: فعلى هذا ينبغي أن لا يؤمر بالدفع في المسألة الأولى أيضاً؛ لجواز قيام حق الميت في المال باعتبار ما يوجب قيامه فيه؟

قلنا: إنه مشكوك لا يعارض اليقين الثابت بالإقرار، على ما ذكرناه [٢١٢/أ] آنفاً.

ثم إذا أجاز المودع وكيله بالقبض فامتنع المودع عن الدفع إلى وكيله حتى هلكت، هل يضمن أو لا؟

قيل: يضمن.

وقيل: لا يضمن، وكان ينبغي أن يضمن على ما في «النهاية» و«العناية»؛ لأن المنع من وكيل المودع في زعمه كالمنع عن المودع.

وإن سلمها هل له أن يسترده؟

قيل: لا.

وقيل: نعم، وكان ينبغي أن يسترده على ما في «الزيلعي».

وإِنْ قَالَ لآخرَ: هَذَا ابْنُه أَيْضاً، وَكذَّبُه الأَوَّلُ.. قُضِيَ للأَوَّلِ.

وَلَو قُسِمَ الْمِيرَاثُ بَين الْوَرَثَةِ أَو الْغُرَمَاءِ بِشَهَادَةٍ لم يَقُولُوا فِيهَا: لَا نَعْرِفُ لَهُ وَارِثاً أَو غريماً آخرَ.. لَا يُؤْخَذُ مِنْهُم كَفِيلٌ، وَهُوَ احْتِيَاطُ ظلمٍ.. وعندهما: يؤخذ.

بخلاف المديون إذا أقر بتوكيل غيره بالقبض؛ حيث يؤمر بالدفع؛ لأنه ليس فيه إقرار على الغير، بل على نفسه؛ لأن الديون تقضى بأمثالها.

(وإن قال) المودع بعد الإقرار الأول (لآخر: هذا ابنه) أي: ابن مودعي الميت (أيضاً) أي: كالأول، (وكذبه الأول) بأن قال: ليس له ابن غيري (.. قضي) المال (للأول)؛ لأنه لما صح إقراره للأول في وقت لا مزاحم له.. انقطع يده عن المال؛ فإقراره الثاني يكون إقراراً على الأول.. فلا يصح؛ كما إذا كان الأول ابناً معروفاً.

ولأنه حين أقر للأول.. لم يكذبه أحد فيصح إقراره، وحين أقر للثاني كذبه الأول.. فلا يصح.

واعترض: بأن تكذيب الغير ينبغي أن لا يؤثر في إقراره، فيجب عليه ضمان نصف ما أدى للأول.

وأجابوا: بالتزام ذلك إذا دفع الجميع بلا قضاء؛ كالذي أقر بتسليم الوديعة من القاضي بعدما أقر لغير من أقر له القاضي، وأما إذا كان الدفع للأول بقضاء كان في الإقرار الثاني مكذباً شرعاً.. فلا يلزمه الإقرار، كذا في «العناية».

(ولو قسم الميراث بين الورثة أو الغرماء بشهادة لم يقولوا فيها: لا نعرف له وارثاً أو غريماً آخر.. لا يؤخذ منهم كفيل، وهو) أي: أخذ الكفيل (احتياط) عمل به بعض القضاة، وهو (ظلم، وعندهما: يؤخذ).

إذا حضر رجل وادعى داراً في يد آخر أنها كانت لأبيه، مات وتركها ميراثاً له؛ فإما أن يقر به ذو اليد أو لا؛ فإن كان الأول.. يؤخذ الكفيل اتفاقاً؛ لأن الإقرار حجة قاصرة، وإن كان الثاني وأقام المدعي على ذلك بينة.. فهو على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنهم قالوا: تركها ميراثاً لورثته ولم يعرفوهم، ولا عددهم، وفيه.. لا يقبل الشهادة، ولا يدفع إليه شيء حتى يقيم بينة على عدد الورثة؛ لأنهم ما لم يشهدوا على ذلك.. لم يعرف نصيب هذا الواحد منهم، والقضاء بالمجهول متعذر.

والثاني: أنهم شهدوا أنه ابنه ووارثه، لا نعرف له وارثاً غيره، وفيه.. يقضي الحاكم بجميع التركة من غير تلوُّم. وهاتان بالاتفاق.

والثالث: إذا شهدوا [٢١٢/ب] أنه ابن فلان مالك هذه الدار، ولم يشهدوا على عدد الورثة، ولم يقولوا في شهادتهم: لا نعرف له وارثاً غيره.. فإن القاضي يتلوّم زماناً على قدر ما يرى.

وقدّر الطحاوي مدة التلوم: بالحول؛ فإن حضر وارث غيره.. قسمت فيما بينهم، وإن لم يحضر.. دفع الدار إليه إن كان الحاضر ممن لا يحجب حرماناً كالأب والابن، وإن كان ممن يحجب بغيره كالجد والأخ.. فإنه لا يدفع إليه، وإن كان ممن يحجب نقصاناً كالزوج والزوجة.. يدفع إليه أوفى النصيبين: وهو النصف والربع عند محمد.

وأقلهما: وهو الربع والثمن عند أبي يوسف.

وقول أبي حنيفة مضطرب.

فإذا كان ممن لا يحجب ودفعت الدار إليه.. هل يؤخذ منه كفيل بما دفع إليه؟

قال أبو حنيفة: لا يؤخذ، ونسب القائل به إلى الظلم.

قيل: مراده به: ابن أبي ليلى ممن عاصره.

وقالا: يؤخذ منه كفيل؛ لأن القاضي نصب ناظراً، ولا نظر في ترك الكفيل؛ فيأخذه احتياطاً؛ كما إذا دفع القاضي العبد الآبق أو اللقطة إلى رجل أثبت عنده أنه صاحبه.. فإنه يأخذ منه كفيلاً.

وكما لو أعطي نفقة امرأة الغائب إذا استنفقت في غيبته وله عند إنسان وديعة

يقر بها المودع وبقيام النكاح.. فإنه يفرض لها النفقة ويأخذ منها كفيلاً.

ولأبي حنيفة: أن حق الحاضر ثابت قطعاً إن لم يكن له وارث آخر بيقين، أو ظاهراً إن كان له وارث آخر في الواقع لم يظهر عند الحاكم.. فإنه ليس بمكلف بإظهاره، بل بما ظهر عنده من الحجة، وكان العمل بالظاهر واجباً عليه، والثابت قطعاً أو ظاهراً لا يؤخر كموهوم؛ كمن أثبت الشراء من ذي اليد، أو أثبت الدين على العبد حتى يبيع فيه؛ فإنه يدفع المبيع إلى المشتري والدين إلى المدعي من غير كفيل.

وإن كان حضور مشتر آخر قبله وغريم آخر في حق العبد متوهماً.. فلا يؤخر حق الحاضر لحق موهوم إلى زمان التكفيل، ولأن المكفول له مجهول.. فلا يصح؛ كما إذا كفل لأحد الغرماء..

بخلاف ما إذا أقر ذو اليد؛ حيث يؤخذ منه الكفيل كما تقدم وإن كان المكفول له مجهولاً؛ لأنه إذا أقر.. لم يبق فيه ملك، ولم يثبت للمقر له بحجة كاملة، وكان مظنته أن ثمة مالكاً لا محالة، وأقل ذلك بيت المال وهو معلوم، فكان التكفيل له.

واعترض عليه بوجهين:

أحدهما: أن القاضي يجوز أن يأخذ الكفيل لنفسه، وإن لم يأخذه للمال.

وأجيب [٢١٣/أ]: بأن القاضي ليس بخصم له.

والثاني: أن القاضي يتلوم في هذه الصورة بالإجماع على ما تقدم آنفاً، وفي ذلك تأخير حق ثابت قطعاً أو ظاهراً كما ذكرتم لحق موهوم، فدل على أن التأخير جائز.

وأجيب: بأن التلوم ليس للحق الموهوم، بل إنما هو أمر يفعله القاضي لنفسه احتياطاً في طلب زيادة ما يدل على نفي شريك للحاضر في الاستحقاق؛ بحيث يقوم مقام قول الشهود: «لا وارث له غيره» في الدلالة على ذلك؛ فإن هذه الزيادة من

وَمنِ ادّعى عقاراً إِرْثاً لَهُ ولأخيهِ الْغَائِبِ، وَبرهنَ عَلَيْهِ.. دُفِعَ إِلَيْهِ نصفُه وَتُرِكَ بَاقِيهِ مَعَ ذِي الْيَدِ بِلَا أَخذِ كَفِيلٍ مِنْهُ وَلَو جاحداً.

وَقَالا: إِنْ كَانَ جاحداً.. أُخِذَ النّصْفُ الآخرُ مِنْهُ، وَوُضِعَ عِنْد أَمِينٍ.

الشهود ليست بشهادة؛ لأن الشهادة بالنفي باطلة في غير المستثنيات، بل خبر يستأنس به على نفي الشريك، والتلوم من القاضي يقوم مقامه في إفادة ذلك في حقه، وليس ثمة طلب شيء زائد من المستحق، بخلاف طلب الكفالة.

وأما مسألة الآبق والملتقط.. فالجواب عنها: أن في كل منهما روايتين:

ففي رواية: لا يطالب بإعطاء الكفيل فيها:

وفي رواية: أنه يطالب به.

قالوا في شروح «الجامع الصغير»: والصحيح: أن الرواية الأولى قول أبي حنيفة، فلا يصح القياس حينئذ.

وأما مسألة نفقة امرأة الغائب.. فالجواب عنه: أن التكفيل فيها لحق ثابت، وهو ما يأخذه الحاكم من المال من مودع الزوج الغائب، والمكفول له - وهو الزوج - معلوم، فصحت الكفالة.

(**ومن ادّعى عقاراً**) في يد رجل (**إرثاً له ولأخيه الغائب وبرهن عليه.. دفع إليه نصفه وترك باقيه مع ذي اليد بلا أخذ كفيل منه**) أي: من ذي اليد؛ لأن أخذ الكفيل إنشاء خصومة، والقاضي نصب لقطعها لا لإنشائها.

(**ولو**) كان ذو اليد (**جاحداً [أو قالا: إن كان جاحداً].. أخذ النصف الآخر منه، ووضع عند أمين**).

وإن لم يكن جاحداً فيهما.. مع أبي حنيفة في القول بترك باقية مع ذي اليد بلا أخذ كفيل.

لهما: أن الجاحد خائن، فلا يترك مال الغير في يده، ويوضع عند أمين لأمانته.

ولأبي حنيفة: أن القضاء وقع للميت مقصوداً يقضى منه ديونه، وتنفذ وصاياه،

وَفِي الْمَنْقُولِ.. يُؤْخَذ مِنْهُ بالِاتِّفَاقِ.

وَقيلَ: على الْخلافِ.

ويحتمل أن يكون ذو اليد مختاراً للميت؛ لكون المقضي به في يده.. فلا تنقطع يده بيد من هو غير مختار له؛ كما إذا كان ذو اليد معسراً.

والخيانة بجحوده قد ارتفعت بقضاء القاضي.

فإن قيل: إن المرتفع بقضاء القاضي هو الخيانة في الزمان الماضي، وأما خيانته في المستقبل.. فلا ترتفع به، بل تحتمل.

قلنا: عدم الخيانة في المستقبل ظاهر؛ لأن الحادثة [٢١٣/ب] لما صارت معلومة للقاضي ولمن بيده ذلك وكتب في الخريطة.. الظاهر: أن لا يجحد في المستقبل؛ لعلمه بعدم الفائدة في جحوده.

فإن قيل: موت القاضي والشهود ونسيانهما للحادثة واحتراق الخريطة أمور محتملة، فكان الجحود في المستقبل محتملاً.

قلنا: ذلك نادر، والنادر لا حكم له.

(**وفي المنقول**) أي: لو كانت الدعوى في المنقول والمسألة بحالها (.. **يؤخذ منه**) كفيل (**بالاتفاق**)؛ لأن المنقول يحتاج فيه إلى الحفظ، والنزع أبلغ في الحفظ من تركه في يده.

بخلاف العقار؛ فإنها محصنة بنفسها.. فلا تحتاج إلى الحفظ ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار.

وكذا حكم وصي الأم والأخ والعم على الصغير؛ لأن لهم ولاية الحفظ، فيصرفون فيما يحتاج فيه إلى الحفظ.

(**وقيل**): المنقول أيضاً (**على الخلاف**)، وقول أبي حنيفة فيه أظهر؛ للحاجة إلى الحفظ؛ فإذا ترك في يد ذي اليد.. كان مضموناً عليه، ولو أخذ.. لم يكن مضموناً عليه، فكان الترك أبلغ في الحفظ.

وَإذا حضرَ الْغَائِبُ.. دُفِعَ إِلَيْهِ نصِيبُهُ بِدُونِ إِعَادَةِ الْبَيِّنَةِ.

(وإذا حضر الغائب.. دفع إليه نصيبه بدون إعادة البينة) على ما اختاره بعض المشايخ؛ منهم: صاحب «الهداية» و«الخلاصة».

وقال فخر الإسلام: وهو الأصح؛ لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الباقين فيما يستحق للميت وعليه، ديناً كان أو عيناً؛ لأن المقضي له وعليه في الحقيقة هو الميت، وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك؛ كالوكيلين بالخصومة إذا غاب أحدهما.. كان للآخر أن يخاصم، ولهذا قلنا: إذا ادعى رجل على أحدهم ديناً على الميت وأقام عليه البينة.. ثبت في حق الكل.

وكذا إذا ادعى أحدهم ديناً للميت على رجل وأقام عليه البينة.. ثبت في حق الكل.

فإن قيل: لو صلح أحدهم للخلافة.. لكان كالميت، وجاز له استيفاء الجميع كالميت، لكن لا يدفع إليه سوى نصيبه بالاتفاق.

أجيب: بأنه عامل فيه لنفسه.. فلا يصلح أن يكون نائباً عن غيره.

وقال بعض مشايخنا: يجب عليه إعادة البينة، والقضاء بها قياساً على قول أبي حنيفة في القصاص دية، إذا أقام الحاضر البينة على رجل أنه قتل أباه عمداً، ثم حضر الغائب.. فإنه يحتاج إلى إعادتها؛ كذا في «العناية» و«الكفاية».

ويخالفه ما في أول دعوى «البزازية»؛ حيث قال: وفي «الأصل»: برهن أن له ولفلان الغائب على هذا الرجل كذا درهماً، ثم قدم [٢١٤/أ] الغائب.. كلف إعادتها، وقبل قدومه.. يقضى بحصة الحاضر فقط عند أبي حنيفة.

وعن الإمامين: أنه يقضي بكله، ولا يحتاج إلى إعادتها بعد حضور الغائب؛ بناء على إثبات القصاص المشترك بين حاضر وغائب. انتهى.

فإن الظاهر من «البزازية»: عدم وجوب إعادة البينة بعد حضور الغائب في إثبات القصاص المشترك بين حاضر وغائب بالاتفاق، على ما هو مقتضى القياس؛

لأن الخلافي لا يصلح مقيساً عليه.

والظاهر من «العناية» و«الكفاية»: وجوب إعادتها فيه عند أبي حنيفة.

وذكر في «الخلاصة» مسألة القصاص المشترك مثل ما ذكره في «العناية»؛ حيث قال: وفي دية «الأصل»: لو أن أحد الورثة إذا أثبت القصاص بقتل أبيه على رجل.. هل يثبت في حق الكل؟

فعند أبي حنيفة: لا يثبت.

وعندهما: يثبت.

وقال في «الخلاصة»: وعلى هذا الخلاف لو ادعى أنه اشترى هو وفلان الغائب من هذا الرجل هذه الدار بكذا، وأقام البينة.

ولو أقام رجل البينة أنه كان لأبيه على هذا الرجل ألف درهم وأنه مات وتركني وابناً آخر غائباً، وأقام البينة، وطلب نصيبه.. يقضى له بنصيبه.

وهل يقضى بنصيب الابن الآخر أيضاً؟

ذكر في «الأقضية»: أنه يقضى، ولا يكلف الابن الغائب بعد حضوره إعادة البينة، ولم يذكر الخلاف.

وذكر في «الجامع الصغير» مسألة الدار، ولم يذكر الخلاف كما في «الأقضية» في الدين. الكل في «الخلاصة».

وهل يشترط كون المدعى به في يد الحاضر؟

ففي «الخلاصة» نقلاً عن شهادات «الأصل»: لو ادعى عيناً في تركة وأحضر المدعي أحد الورثة، وأقام البينة عليه، وقضى القاضي.. يكون قضاء على جميع الورثة.

وفي شهادات «الجامع الكبير»: إنما يكون قضاء على جميع الورثة أن لو كان المدعى به في يد الوارث الحاضر، ولو كان البعض في يده.. ينفذ بقدره، هكذا ذكره في أول كتاب الدعوى.

ثم ذكر في الفصل الرابع من دعوى الدين: رجل ادعى على ميت حقاً، فخاصمه الورثة أو الوصي؛ فلو قضى القاضي على أحد الورثة.. يكون قضاء على الكل وإن لم يكن في يد ذلك الوارث شيء من التركة، بخلاف دعوى العين. انتهى.

فظهر منه: أن كون المدعى به في يد الوارث الحاضر: شرط في دعوى العين، لا في دعوى الدين.

وكذا في «الفصولين» و«العمادي».

وهل يشترط كون المدعى به مقسوماً في كون الحاضر خصماً عن الغائب [٢١٤/ب]؟

ففي «البزازية» نقلاً عن «القاعدي»: تركة في أيدي ورثة، وهي لم تقسم، وبعض الورثة ادعى رجل على واحد منهم أنه ملكه بسبب إرثه من أبيه.. لم يكن الحاضر خصماً إلا في قدر نسبته. انتهى.

فدل هذا: على اشتراط: كونه غير مقسوم وبه صرح في «البحر» أيضاً؛ حيث قال: إنما ينتصب الحاضر خصماً عن باقي الورثة فيما في يده من العين إذا كانت العين لم تقسم بين الحاضر والغائب، وإن قسمت وأودع الغائب نصيبه عند الحاضر.. فلا ينتصب خصماً عن الغائب فيه؛ لأنه حينئذ يكون كسائر أمواله. هكذا، وعزاه إلى العتابي.

قلت: ويخالفه ما في «العمادي»: ولو أودع وارث نصيبه من عين التركة عند وارث آخر، فادعى إنسان هذا العين.. ينتصب هذا الوارث خصماً عن الباقي؛ لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الباقين إذا كان العين في يده، بخلاف الأجنبي.

وهكذا في «الفصولين» أيضاً: فإن هذا دل على أن الحاضر من الورثة ينتصب خصماً عن الغائب في دعوى العين ولو كان العين مقسوماً؛ لأن إيداع الغائب حصته عند الحاضر لا يكون إلا بعد القسمة.

وهل يشترط تصديق الغائب كون المدعى به إرثاً عن الميت في كون الحاضر خصماً عن الغائب؟

ففي «العمادي»: إذا كان العين في يد الحاضر؛ فإن حضر الغائب وصدقه في الإرث.. فالقضاء ماض، وإن أنكر الإرث وادعى الملك بجهة أخرى.. تكلف المدعي إقامة البينة. انتهى.

وفي «البحر»: إنما لا تصح دعوى الغائب إذا حضر؛ بشرط أن يصدق أن العين ميراث بينه وبين الحاضر؛ أما لو أنكر الإرث وادعى أنه اشتراها أو ورث نصيبه من رجل آخر.. لا يكون القضاء على الحاضر قضاء عليه، فتسمع دعواه وتقبل بينته.

والحاصل: أن الحاضر إنما ينتصب خصماً عن باقي الورثة الغائبين بثلاثة شروط:

كون العين كلها في يده.

وأن لا تكون مقسومة بين الورثة.

وأن يصدق الغائب على أنها إرث عن الميت بينه وبين الحاضر. انتهى.

وهل يكون للحاضر حق قبض نصيب الغائب فيما كان خصماً عنه؟

ففي «العمادي» نقلاً عن «فتاوى النسفي»: أحد الورثة يصلح خصماً عن المورث فيما يستحق له وعليه، ويظهر ذلك في حق جميع الورثة، إلا أنه يكون له حق قبض نصيبه دون قبض أنصباء سائر الورثة، لكن إنما يثبت حق الكل إذا ادعى حق الكل، وأقام البينة على الكل [٢١٥/أ]، وقضى القاضي بالكل، فيثبت الكل، ويكون له حق المطالبة بحصة نفسه.

أما إذا ادّعى قدر نصيب نفسه وأقام البينة على ذلك، وقضى القاضي به.. فلا يثبت في حق سائر الورثة، حتى لو أثبت نصيب نفسه بالبينة، ثم سائر الورثة يريدون استيفاء أنصبائهم من هذا المدعى عليه بتلك البينة السابقة.. لا يملكون ذلك. انتهى.

وَمن أوصى بِثلثِ مَالِهِ.. فَهُوَ على كلِّ مَالٍ لَهُ.

مسألة واقعة الفتوى: ادّعى أحد الورثة على رجل كذا درهماً من جهة مورثه، وباقي الورثة غائب، وأقام الحاضر البينة على ذلك الرجل، وأقام الرجل بينة على الدفع بأن مورثه أبرأه عنه، ثم حضر الغائب من الورثة وادّعاه.. فهل يحتاج ذلك الرجل في الدفع عنه إلى إقامة البينة، أو لا يحتاج إليها؟

فأفتيت: بأنه لا يحتاج إليها، بل يكفيه الدفع الأول؛ لأن أحد الورثة لما قام مقام الكل في الإثبات.. فكان دفع الدافع دفعاً عن الكل.

(**ومن أوصى بثلث ماله.. فهو على كل مال له**)؛ سواء كان من جنس مال الزكاة؛ كالنقدين والسوائم وأموال التجارة، بلغ النصاب أو لا، أو من جنس غيرها؛ كالعقار والرقيق وأثاث المنزل وثياب البذلة ونحوها، وهذا: لأن الوصية أخت الميراث؛ لأنها خلافة؛ كالوراثة والميراث لا يختص بمال دون مال، فكذا الوصية، ولأنها تقع في حال الاستغناء عن المال، فتنصرف إلى الكل.

وفي «البحر»: إن قولهم ههنا - كما في «الهداية» -: «أن الوصية خلافة كالوراثة» مشكل؛ فإن المصرح به: أن ملك الموصى له ليس بطريق الخلافة كملك الوارث.

وقال الصدر الشهيد في «شرح أدب القضاء»: إن الموصى له ليس بخليفة عن الميت، ولهذا لا يصح إثبات دين الميت عليه، وإنما يصح على وارث أو وصي، ولم أر أحداً من الشارحين تنبه عليه، وقد ظهر لي: أن صاحب «الهداية» أراد بالخلافة: أن ملك كل منهما بعد الموت، لا بمعنى أنه قائم مقامه. انتهى كلام «البحر».

قلت: كون مراد صاحب «الهداية» بالخلافة: ما ذكره صاحب «البحر».. صرح به في «العناية»؛ حيث قال: لأنها خلافة كالوراثة من حيث إنهما يثبتان الملك بعد الموت. انتهى.

وَلَو قَالَ: مَالِي أَو مَا أملك صَدَقَةٌ.. فَهُوَ على مَالِ الزَّكَاة، ....

(**ولو قال: مالي أو ما أملك صدقة.. فهو على مال الزكاة**) كالنقدين والسوائم وأموال التجارة؛ بلغ النصاب أو لا؛ لأن المعتبر: هو جنس مال الزكاة، والقليل من جنسها كالكثير، ولهذا قالوا: إذا نذر أن يتصدق بماله [٢١٥/ب].. لزمه التصدق به، وإن قضى به دينه.. لزمه التصدق بقدره عند تملكه؛ لأن المعتبر جنس ما يجب فيه الزكاة وإن لم تجب الزكاة.

ولا يجب التصدق بالأموال التي لا يجب في جنسها الزكاة؛ كالعقار والرقيق وأثاث المنزل وثياب البذلة، وهذا استحسان.

والقياس: لا فرق بين هذا وبين الأول؛ أعني: «أوصي بثلث» في أن يقع على كل شيء؛ كما قال به زفر؛ لأن اسم المال عام يتناول الجميع.

وجه الاستحسان: أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى؛ إذ ليس للعبد ولاية الإيجاب مستبداً؛ لئلا ينزع إلى الشركة، وإيجاب الشرع في المال من الصدقات مضاف إلى أموال الزكاة خاصة، فكذا إيجاب العبد.

فإن قيل: إن الاعتكاف لم يوجد في الشرع من جنس شيء، مع أن للعبد ولاية الإيجاب له؛ لأنه يجب بإيجابه.

قلنا: ممنوع؛ لأن من جنسه الوقوف بعرفات؛ لأنه لبث في مسجد جماعة عبادة، وقد مر تفصيله في باب النذر.

ثم هذا في: «مالي صدقة» بالاتفاق.

وفي: «ما أملك فوقه» اختلاف:

قيل: إنه يتناول كلّ مال؛ زكوياً كان أو غيره، وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة، ذكرها في «الأمالي»، واختاره الطحاوي في «مختصره»، واستدلوا عليه: بأن «ما أملك» أعم من «مالي»؛ لأن الملك يطلق على المال وغيره، يقال: ملك النكاح،

وَيدخلُ فِيهِ أَرَضُ الْعشْرِ عِنْد أَبِي يُوسُفَ، خلافاً لمُحَمدٍ.

وملك القصاص، وملك المنفعة. والمال لا يطلق على ما ليس بمال، وإذا كان أعم.. ينصرف إلى غير أموال الزكاة أيضاً؛ إظهاراً لزيادة عمومه.

فإن قيل: الصدقة بالأموال مقيدة في الشرع بأموال الزكاة، فزيادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية.

أجيب: بأن المقيد إيجاب الشرع، وهو مختص بلفظ المال.. فلا مخصص في لفظ الملك، فيبقى على العموم.

ورد: بأنه حينئذ يلزم أن لا يكون إيجاب العبد معتبراً بإيجاب الشرع، فالصحيح: أن لفظ «مالي» و«ما أملك» سواء فيما نحن فيه، فيختصان بالأموال الزكوية، وهو اختيار الإمام السرخسي وصاحب «الهداية» والمصنف وصاحب «الكنز» وغيرهم.

وهل يدخل في الوصية بالمال ما على الناس من الديون؟

ففي «البحر»: قالوا: إن الدين ليس بمال، حتى لو حلف أن لا مال له، وله دين على الناس.. لا يحنث.

ثم استشكل هذا وقال: ولا شك أن الدين يجب فيه الزكاة بشرط القبض.. فينبغي أن يدخل تحت النذر بالمال، وفي كلام الشارح «الزيلعي» في الوصايا ما يقيد دخول الدين في الوصية بالمال؛ لأنه [٢١٦/أ] يصير مالاً بالاستيفاء، ولكن قال في «الخانية»: لا تدخل الديون.

(**ويدخل فيه أرض العشر عند أبي يوسف**)؛ لأنها سبب الصدقة؛ إذ جهة الصدقة في العشر راجحة عنده، فصارت الأراضي العشرية كأموال التجارة؛ لكونها من جنس ما تجب فيه الزكاة.

(**خلافاً لمحمد**)؛ لأنها سبب المؤنة؛ إذ جهة المؤنة راجحة عنده، فصارت مثل عبد الخدمة.

فَإِن لم يكنْ لَهُ مَالٌ غَيرُه.. أَمسَكَ مِنْهُ قوتَهُ.

فَإِذا أَصَابَ مَالاً.. تصدَّقَ بِمثلِ مَا أمسكَ.

وَمن أُوصِيَ إِلَيْهِ وَلم يعلم.. فَهُوَ وَصِيٌّ، ....

وأما الأرض الخراجية.. فلا تدخل بالإجماع؛ لأنه تمحض مؤنة؛ لأن مصرفه المقاتلة، وفيهم الأغنياء، وقول أبي يوسف مع محمد، على ما ذكره التمرتاشي في الخلافية.

(فإن لم يكن له مال غيره) أي: ما دخل تحت الإيجاب أي: مال الزكاة (..أمسك منه قوته)؛ لأن قوته مقدمة على غيرها؛ لئلا يقع في ذل السؤال؛ إذ لو لم يمسك قوته.. لاحتاج أن يسأل الناس لقوته.

(فإذا أصاب مالاً.. تصدق بمثل ما أمسك).

لو قال: «تصدق ما أمسك»، بدون لفظ «المثل» على ما وقع في «العناية».. لكان أولى؛ لأن الواجب عليه بعدما أصاب مالاً: أن يتصدق عين ما أمسك لا مثله. تأمل.

ثم مقدار يمسكه لم يتبين محمد في «المبسوط»؛ لاختلاف أحوال الناس فيه بقلّة العيال وكثرته.

وقيل: المحترف.. يمسك قوت يومه؛ لأن يده تصل إلى ما ينفق يوماً فيوماً.

وصاحب الغلة أعني: صاحب الدور والحوانيت والبيوت المعدة للاستغلال.. يمسك قوت شهره؛ لأنه يصل إلى ما ينفقه شهراً.

وصاحب التجارة.. بقدر ما يرجع إليه ماله.

وصاحب الضياع.. بقدر سنة؛ لأن الدهقان يصل إلى ما ينفق سنة فسنة.

(ومن أوصي إليه) بصيغة المجهول؛ أي: من جعل وصياً (ولم يعلم) الوصاية؛ أي: كونه وصياً حتى باع شيئاً من التركة (.. فهو وصي) وبيعه جائز، وفيه إشارة إلى أنه لا يتمكن من إخراج نفسه عن الوصاية من غير أن يشرط من التصرف، وليس

بِخِلَافِ التَّوْكِيلِ.

وَقُبِلَ فِي الْإِخْبَارِ بِالتَّوْكِيلِ خبرُ فَرِدٍ وإِنْ فَاسِقاً، ....

كذلك، بل له إخراج نفسه عن الوصاية قبل القبول قولاً أو فعلاً؛ بأن يتصرف فيه بالبيع أو غيره.. فالأولى أن يقول: «ومن أوصى إليه ولم يعلم فتصرف فيه.. فهو وصي» على ما وقع في «الهداية».

(بخلاف التوكيل)؛ فإن الوكيل لو باع شيئاً قبل أن يعلم الوكالة.. لم يجز بيعه.

وجه الفرق: أن الوصاية خلافة لا نيابة؛ لأنها مضافة إلى زمان بطلان النيابة؛ أعني: ما بعد الموت، والخلافة لا تتوقف على العلم في التصرف كما إذا التصرف؛ الوارث بالبيع قبل العلم بموت المورث.. فإنه صحيح.

بخلاف الوكالة؛ فإنها إنابة لقيام ولاية الميت، والإنابة تتوقف [٢١٦/ب] على العلم.

وعن أبي يوسف: أن الوصاية كالوكالة بجامع النيابة؛ فإن الوصاية نيابة بعد الموت، والوكالة قبله، فكما لم يجز تصرف الوكيل قبل العلم.. لم يجز تصرف الوصي أيضاً قبله.

فإن قيل: إذا قال لرجل: اشتر عبدي من فلان ولم يعلم فلان بهذا القول، وباع عبده لذلك الرجل.. صح بيعه من غير توقف على علمه بالوكالة بالبيع.. فلا يشترط علم الوكيل.

أجيب: بأن في هذه المسألة روايتين؛ في رواية: جائز بيعه، وفي رواية أخرى: لا يجوز.

ووجه الفرق على رواية الجواز: أنه يثبت ضمناً، والكلام في الوكالة القصدية، لا الضمنية، وهذا إذا قال: بايعوا عبدي ولم يعلم به العبد.. فإن فيه روايتين؛ في إحداهما: صح تصرفه وإن لم يعلم بالإذن؛ لثبوته ضمناً.

(**وقبِلَ في الإخبار بالتوكيل خبر فرد وإن**) وصلية (**فاسقاً**) كافراً غير بالغ بعد أن

لَا فِي الْعَزْلِ مِنْهُ، إِلّا خبرُ عدلٍ أَو مستورين.

وَعِنْدَهُمَا: هُوَ كَالْأولِ.

وَكَذَا الْخلافُ فِي إِخْبَارِ السَّيِّدِ بِجِنَايَةِ عَبدِهِ، وَالشَّفِيعِ بِالْبيعِ، وَالْبكْرِ بِالتَّزْوِيجِ، ....

كان مميزاً، على ما في «العناية»؛ لأنه إثبات حق ابتداء، لا إلزام أمر.. فيكفي فيه خبر الواحد.

(لا في العزل منه) أي: من التوكيل (إلا خبر عدل) واحد (أو مستورين)؛ لأنه خبر ملزم؛ لكونه نافياً جواز التصرف بعد ثبوته.. فلا بد فيه من أحد شطري الشهادة؛ أعني: العدل، أو العدد.

(وعندهما: هو كالأول)؛ لأنه من جنس المعاملات، وجنسها يثبت بخبر الواحد ولو فاسقاً؛ كالوكالة وإذن العبد في التجارة.

(وكذا الخلاف في إخبار السيد بجناية عبده) إن أخبرها اثنان أو واحد عدل فتصرف فيه بعده بعتق أو بيع.. كان اختياراً منه للفداء.

وإن أخبره فاسق وصدقه.. فكذلك؛ لتصديقه.

وإن لم يصدقه.. فعلى الاختلاف المذكور؛ فعنده: لا يكون اختياراً منه، وعندهما: يكون اختياراً منه.

(والشفيع) بالجر عطف على السيد (بالبيع) إن أخبره اثنان أو واحد بالبيع فسكت.. سقطت الشفعة، وإن أخبره فاسق.. فعلى الخلاف المذكور؛ عنده: لا تسقط الشفعة، وعندهما: تسقط.

(والبكر) بالجر أيضاً؛ أي: إخبار البكر (بالتزويج) إن أخبره اثنان أو واحد عدل تزويج المولى فسكتت.. كان رضاء بلا خلاف، وإن أخبره فاسق وكذبه.. فعلى الخلاف المذكور.

وَمُسلِمٍ لم يُهَاجر بالشرائع.

(ومسلم) بالجر أيضاً (لم يهاجر) صفة مسلم؛ أي: وكذا الخلاف في إخبار مسلم لم يهاجر من دار الحرب إلينا (بالشرائع) إن أخبره اثنان أو واحد عدل.. لزمته، ولو تركتها.. يجب عليه قضاؤها.

وإن أخبره فاسق وكذبه.. فعلى الخلاف المذكور.

وعلى الخلاف المذكور [٢١٧/أ] بينه وبين صاحبيه أيضاً: العبد المأذون إذا أخبره واحد عدل أو اثنان بالحجر.. يثبت الحجر؛ صدق العبد أو كذب، وإن أخبره فاسق وكذبه.. يثبت الحجر عندهما، لا عند أبي حنيفة، كذا في «العناية»، ولم يذكره المصنف؛ إلحاقاً له بعزل الوكيل.

وقال في «البحر»: إذا قال رجل هذا العين معيبة، فأقدم على شرائه.. كان ذلك رضا بالعيب إن كان المخبر عدلاً أو اثنين بالاتفاق.

وإن كان فاسقاً.

فلا يكون رضا عنده، خلافاً لهما. هكذا ذكره نقلاً عن «الظهيرية».

ثم ذكر نقلاً عن «التنقيح»: مسألة فسخ الشركة من قبيل الخلاف المذكور.

ثم ذكر من عند نفسه: أن عزل الواقف المتولي من قبيل الخلاف المذكور أيضاً.

قال: ولم أره صريحاً أنه من هذا القبيل، ولكن صرحوا بأنه وكيل الواقف، فيستفاد من مسألة عزل الوكيل: أنه من قبيل الخلاف المذكور.

ثم قال: وينبغي أيضاً أن يكون عزل القاضي من قبيل الخلاف المذكور، ولم أره صريحاً، فصار مجموع الخلافية: تسعة.

وقال في «الأشباه»: يقبل قول الواحد العدل في أحد عشر موضعاً كما في «المنظومة» لابن وهبان:

في تقويم المتلف، وفي الجرح، وفي التعديل، و[في] المترجم، وفي جودة

وَلَو بَاعَ القَاضِي أَو أَمِينُهَ عبداً لِلْغُرَمَاءِ وَأخذَ المَالَ فَضَاعَ، وَاسْتحقَّ العَبْدُ.. لَا يضمنُ، ....

المسلم فيه، وردأته، وفي الإخبار بالمفلس بعد مضي المدة، وفي رسول القاضي إلى المزكي، وفي إثبات العيب، وفي رؤية هلال رمضان عند الاعتدال، وفي إخبار الشاهد بالموت، وفي تقدير أرش المتلف.

وزدت أخرى: يقبل قول أمين القاضي إذا أخبره بشهادة شهود على عين تعذر حضورها. انتهى.

قال ابن شحنة في شرح تلك المنظومة: وقال محمد: لا يكفي في الجرح وفي التعديل قول عدل واحد، بل لا بد من اثنين.

وكذا قال محمد: لا يكفي المترجم العدل في التوصيف، بل لا بد من اثنين.

ثم فسر إخبار الشاهد بالموت بقوله: إذا شهد عدل عند رجلين على موت رجل.. وسعهما إن شهدا عند القاضي على موته.

(ولو باع القاضي أو أمينه عبداً) من تركة الميت (للغرماء وأخذ المال) أي: الثمن (فضاع) الثمن، (واستحق العبد.. لا يضمن) القاضي ولا أمينه؛ لأن القاضي قائم مقام الإمام، ولا ضمان على الإمام؛ كيلا يتقاعد عن قبول هذه الأمانة.. فتضيع الحقوق، ونائبه قائم مقامه.

وأمين القاضي مثل القاضي، وهو: من يقول له القاضي: جعلتك أميناً في بيع هذا العبد.

وأما إذا قال: بع هذا العبد ولم يزد عليه.. اختلف المشايخ فيه.

والصحيح: أنه لا يلحقه [٢١٧/ب] عهدة مثل الأول، كذا في «البحر» نقلاً عن شيخ الإسلام خواهر زاده.

وفيه أيضاً: لو قال أمين القاضي: بعت وقبضت الثمن وقضيت الغريم.. صدق بلا يمين... المسألة.

وَيرجعُ المُشْتَرِي على الْغُرَمَاء.

وَلَو بَاعه الْوَصِيُّ لأَجلِهم بِأَمْر القَاضِي ثمَّ اسْتحِقَّ أَو مَاتَ قبلَ قَبضه وَضاعَ المَالُ.. رَجَعَ المُشْتَرِي على الْوَصِيّ، ....

ينتقض الحصر الذي ذكره بما في «الأشباه»: كلّ من قبل قوله.. فعليه اليمين إلّا في مسائل عشر مذكورة في «القنية»:

١- الوصي في دعوى الإنفاق على اليتيم أو عبده.

٢- وفي بيع القاضي مال اليتيم.

٣- وإذا ادعى اشتراط البراءة من كل عيب.

٤- وفيما إذا ادعى القاضي إجارة مال الوقف، وفيما إذا ادعى القاضي إجارة مال اليتيم.

٥- وفيما إذا ادعى الموهوب له هلاك العين.

٦- وفيما إذا اختلفا في اشتراط العوض في الهبة.

٧- وفي قول العبد البائع: أنا مأذون.

٨- وللأب في مقدار الثمن إذا اشترى لابنه الصغير واختلف مع الشفيع.

٩- وفيما إذا أنكر الأب شراءه لنفسه وادعاه لابنه.

١٠- وفيما يدعيه المتولي من الصرف. انتهى.

(**ويرجع المشتري على الغرماء**)؛ لأن البيع وقع لأجلهم، وقد تعذر الرجوع على العاقد.. فتعين الغرماء.

(**ولو باعه الوصي لأجلهم**) أي: لأجل الغرماء (**بأمر القاضي، ثم استحق أو مات قبل قبضه وضاع المال**) أي: الثمن (.. **رجع المشتري على الوصي**)؛ لأنه عاقد نيابة عن الميت، فصار كما إذا باعه الميت بنفسه في حياته، وفي ذلك: يرجع المشتري عليه، فهنا يرجع على نائبه.

وَهُوَ على الْغُرَمَاءِ.

وَلَو قَالَ لَك قَاضٍ عدلٌ عَالمٌ: قضيتُ على هَذَا بِالرَّجمِ، أَو الْقطعِ، أَو الضَّرْبِ، فافعلْه.. وسعَكَ فعلُهُ.

وَكَذَا فِي الْعدْلِ غيرِ الْعَالِمِ إِنْ استفسرَ.. فَأَحْسنَ تَفْسِيرَهُ، وإِلّا.. فَلَا.

(وهو) أي: الوصي (على الغرماء)؛ لما ذكرناه.

ثم إن ظهر للميت مال.. يرجع الغريم فيه بدينه.

وهل يرجع بما غرم للوصي فيه؟

قيل: يرجع.

وقيل: لا؛ لأنه إنما يضمن من حيث إن العقد وقع، فلم يكن له أن يرجع على غريمه.

وجه الأول: أن هذا الضمان لحقه في أمر الميت فيرجع.

(**ولو قال لك قاض عدل عالم: قضيتُ على هذا بالرجم أو القطع أو الضرب: فافعله.. وسعك فعله**) في ظاهر الرواية؛ لأنه أخبر عما يملك إنشاءه، فلا يتهم في خبره، ولأنه من أولي الأمر، وفي تصديقه بما أخبر به طاعة له، فيجب تصديقه.

وعن محمد: أنه لا يأخذ بمجرد قوله ما لم تكن الشهادة بحضرته؛ لأن قوله يحتمل الغلط، والتدارك بعد الوقوع غير ممكن، واستحسنه المشايخ؛ لفساد حال قضاة زماننا.

(**وكذا في العدل غير العالم إن استفسر**) عن قضائه؛ لبقاء تهمة الغلط.

(**فأحسن**) القاضي (**تفسيره**) أي: تفسير القضاء؛ بأن فسر على وجه اقتضاء الشرع؛ مثل أن يقول: استفسرت المقر بالزنا كما هو المعروف فيه، وحكمت فيه بالرجم، وثبت عندي بالحجة: أنه أخذ من [٢١٨/أ] حرز نصاباً.

(**وإلا.. فلا**) لأنه ربما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلاً؛ إذ الشبهة غير دارئة.

وَلَا يُعْمَلُ بقولِ غيرِ الْعدْلِ مُطلقاً، مَا لم يعاينْ سَبَبَ الحكمِ.

وَلَو قَالَ قاضٍ عُزِلَ لشخصٍ: أَخذْتُ مِنْك ألفاً، ودفعتُها إِلَى فلَانٍ قضيتُ بهَا عَلَيْك، أَو قَالَ: قضيتُ بِقطعِ يدِك فِي حقٍّ، فَقَالَ: بل أَخَذْتَهَا، أَو قطعتَ ظلماً، واعترفَ بِكَوْن ذَلِك حَال ولَايته.. صُدِّق القَاضِي، وَلَا يَمِينَ عَلَيْهِ.

وَلَو قَالَ: فعلتَهُ قبلَ ولايتِكَ أَو بعدَ عزلِكَ، وَادّعى القَاضِي فعلَه فِي ولَايَته.. فَالْقَوْلُ لَهُ أَيْضاً، ....

(ولا يعمل بقول غير العدل مطلقاً) أي: عالماً أو جاهلاً.

(ما لم يعاين سبب الحكم)؛ لتهمة الخطأ والخيانة.

(لو قال قاض عزل) عن القضاء (لشخص: أخذت منك) حال قضائي (ألفاً، ودفعتها إلى فلان، قضيت بها عليك، أو قال: قضيت بقطع يدك في حق، فقال) ذلك الشخص: (بل أخذتها، أو قطعت) يدي في حال قضائك (ظلماً، واعترف) ذلك الشخص (بكون ذلك) أي: الأخذ والقطع (حال ولايته.. صدق القاضي)؛ لأنهما لو توافقا: أنه فعل ذلك في قضائه.. كان الظاهر شاهداً له؛ إذ الظاهر: أن القاضي لا يقضي بالجور والظلم، والقول قول من يشهد له الظاهر.

قيد باعتراف ذلك الشخص بكون الأخذ والقطع حال قضائه؛ لأن المأخوذ ماله والمقطوع يده لو زعما أن القاضي فعل ذلك قبل التقليد أو بعد العزل.. ففيه اختلاف المشايخ.

والأصح: أن القول للقاضي أيضاً، على ما سيأتي ذكره.

(ولا يمين عليه) أي: على القاضي؛ لأن إيجاب اليمين على القاضي يفضي إلى تعطيل مصالح المسلمين بامتناع الدخول في القضاء.

(ولو قال) ذلك الشخص للقاضي: (فعلته قبل ولايتك، أو بعد عزلك، وادعى القاضي فعله في ولايته.. فالقول له أيضاً)؛ لأنه لما أسند فعله إلى حالة منافية للضمان - أعني حالة القضاء - صار بذلك الإسناد منكراً للضمان، فيكون القول له؛

هُوَ الصَّحِيحُ.

كما إذا قال من عهد منه الجنون: طلقت أو أعتقت وأنا مجنون.. فالقول له، حتى لا يقع الطلاق والعتاق؛ لإسناده إلى حالة منافية للإيقاع.

(هو الصحيح)، احترز به عما قاله بعض المشايخ؛ منهم الإمام السرخسي: أن القول قول ذلك الشخص؛ لأن المنازعة إذا وقعت في الماضي.. يحكّم الحال، وفي هذه الحالة فعله موجب للضمان، وهو بهذا الإسناد يدعي ما يسقط الضمان عنه.. فلا يقبل قوله بلا برهان.

ومما يؤيد ما قاله الإمام السرخسي فيما بعد العزل.. ما قالوا: إن الأصل في الحوادث أن تضاف إلى أقرب أوقاتها، لكن أكثر مشايخنا أخرجوا المسألة المذكورة عن هذا الأصل، وأدرجوها تحت أصل آخر، وهو: أن المقر متى أسند إقراره إلى حالة منافية للضمان من كل وجه.. لا ضمان عليه، وهو أصل مقرر يبتنى عليه فروع كثيرة:

منها: مسألة الكتاب.

ومنها: لو قال العبد لغيره بعد عتقه [٢١٨/ب]: قطعت يدك وأنا عبد، وقال المقر له: لا، بل قطعتها وأنت حر.. فالقول للعبد؛ للأصل المذكور.

ومنها: لو قال المولى لعبده بعد إعتاقه: أخذت منك كذا درهماً وأنت عبد، وقال المعتق: لا، بل أخذتها بعد العتق.. كان القول للمولى؛ للأصل المذكور.

ومنها: الوكيل بالبيع إذا قال: بعت وسلمت قبل العزل، وقال الموكل: بل بعد العزل.. فالقول للموكل.

ومنها: لو قال الوصي بعدما بلغ اليتيم: أنفقت عليك كذا وكذا من المال، وأنكر اليتيم.. كان القول للوصي؛ للأصل المذكور.

فإن قيل: هذا الأصل منتقض بمسألة ذكرها في «النهاية» وهي: رجل أعتق أمته، ثم قال لها: قطعت يدك وأنتِ أمتي، وقالت هي: لا، بل قطعتها وأنا حرة.. فالقول

والقاطِعُ أَو الْآخِذُ إِنْ كَانَت دَعْوَاهُ كدعوى القَاضِي.. ضمن هُنَا، لَا فِي الأول.

قولها، وكذا في كلّ شيء أخذه منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف، مع أن المولى أسند الفعل إلى حالة منافية للضمان.

وأجيب عنه: ببيان الفرق: بأن المولى أقر سبب الضمان، ثم ادعى التملك لنفسه، فيصدق في إقراره، ولا يصدق في دعواه التملك له، ولذا لو قال لرجل: أكلت طعامك بإذنك، فأنكر هو الإذن.. يضمن المقر.

قلت: في هذا الجواب نظر يعرف بالتأمل.

(**والقاطع أو الآخذ**) أي: الذي يقطع اليد ويأخذ المال بأمر القاضي (**إن كانت دعواه كدعوى القاضي**) بأن أقر كل منهما بما أقر به القاضي من القطع والأخذ في حالة منافية للضمان (.. **ضمن**) كل من القاطع والآخذ.

(**هنا**) أي: فيما قال ذلك الشخص؛ أي: المقطوع يده والمأخوذ ماله: فعلته قبل زمان الولاية أو بعد العزل؛ لإقرارهما بسبب الضمان، وقول القاضي: فعلته في زمان ولايتي.. إنما يعتبر في دفع الضمان عن نفسه، لا في إبطال سبب الضمان على غيره.

(**لا في الأول**) أي: لا يضمنان فيما اعترف ذلك الشخص بكون القطع والأخذ حال ولايته؛ لأنه ثبت فعله في حالة منافية للضمان بالتصادق.

* * *

(كتاب الشهادات)

(كتاب الشَّهَادَات)

هِيَ إِخْبَارٌ بِحَقٍّ لِلْغَيْرِ على الْغَيْرِ، ....

(كِتَابُ الشَّهَادَاتِ)

عقب كتاب القضاء بالشهادات؛ لأن القاضي يحتاج إلى الشهادة في الوصول إلى القضاء، فكانت من تتمة القضاء المقصودة بالذات، والكلام هنا في مواضع:

الأول: في معناها اللغوي، وهي في اللغة: مشتقة من المشاهدة، التي تنبئ عن المعاينة.

والثاني: في معناها الاصطلاحي، وسيأتي ذكره في الكتاب.

والثالث: في شرائطها، وسيأتي بيانه مفصلاً.

والرابع: سبب وجوبها، وهو طلب صاحب الحق، أو خوف فوت الحق؛ فإن من عنده [٢١٩/أ] شهادة ولا يعرفها صاحب الحق وخاف فوت الحق.. يجب عليه أن يشهد بلا طلب، على ما في «البحر» و«العناية».

والخامس: حكمها، وهو: وجوب الحكم على القاضي.

والسادس: في صفتها تحملاً وأداء، وسيأتي بيانها.

والسابع: في أن القياس عدم قبولها؛ لاحتمال الخبر الكذب، لكن لما شرطت العدالة.. ترجح جانب الصدق.

الثامن: في قبولها، وهي ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع.

والتاسع: في أهلها، وسيأتي بيانه في الكتاب.

(**هي**) في عرف الشرع: (**إخبار بحق**)؛ احترز به عن الإخبار بباطل وكاذب.

(**للغير على الغير**) يجوز أن يتعلق كلّ من الجارين إلى الإخبار.. فيكون بياناً للمشهود له وعليه، وأن يتعلق إلى حق.. فيكون بياناً للمشهود به.

عَن مُشَاهدَةٍ لَا عَن ظَنٍّ.

وَمن تعيَّنَ لتحمُّلِهَا لَا يَسعُهُ أنْ يمْتَنع مِنْهُ.

ويفترضُ أَدَاؤُهَا بعدَ التَّحَمُّلِ إِذا طُلبَتْ مِنْهُ، ....

(**عن مشاهدة**) متعلق بإخبار؛ ففيه إشارة إلى أن معناه اللغوي معتبر في معناه الاصطلاحي، وهو الأصل؛ لأنها في اللغة مشتقة عن المشاهدة المنبئة عن المعاينة.

(**لا عن ظن**)؛ لأن الظن لا يغني من الحق شيئاً.

(**ومن تعين لتحملها**) بسبب معاينة ما يتحملها له بالسماع في المسموعات، والإبصار في المبصرات ونحو ذلك (.. **لا يسعه أن يمتنع منه**)؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟﴾.

(**ويفترض أداؤها بعد التحمل**)؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَـٰدَةَ ۚ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾؛ فإنها بظاهرها تدل على النهي عن الكتمان، والنهي عن أحد الضدين.. يستلزم ثبوت الضد الآخر؛ لعدم جواز ارتفاعهما، فيلزمه الأمر بالإظهار وهو الشهادة، فيكون فرضاً.

وفي قوله: «ومن تعين لتحملها» إشارة إلى أنها فرض كفاية، إلا أن يتعين للأداء.. فإنه حينئذٍ يكون فرض عين له.

(**إذا طلبت منه**)؛ لأنها حق المدعي، فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق.

هذا شرط لوجوب الأداء فيما كان من حقوق العباد؛ إذ لا بد من تقديم الدعوى وطلب الشهادة في كلّ ما هو من حقوق العباد.

بخلاف حقوق الله تعالى.. فإنه لا يشترط في قبول الشهادة عليها وجود الدعوى وطلب الشهادة، بل تقبل الشهادة من غير تقديم الدعوى، بمجرد الإخبار بالقاضي على ما سنبينه.

وأما في الشهادة الحسية؛ ما كان في حقوق الله تعالى.. فلا بد من الشهادة بدون هذه الشروط.

قال في شهادة «القنية»: الشاهد إذا أخّر شهادته، هل تقبل أم لا؟

أجاب المشايخ: في شهود شهدوا بالحرمة المغلظة بعدما أخروا شهادتهم خمسة أيام من غير عذر: إنه لا يقبل إن كانوا عالمين بأنهما [٢١٩/ب] يعيشان عيش الأزواج.

قال علاء الحمامي والخطيب الأغاطي وكمال الأئمة البياعي: شهدوا بعد سنة بإقرار الزوج بالطلقات الثلاث.. لا تقبل إذا كانوا عالمين بعيشهم عيش الأزواج.

وكثير من المشايخ أجابوا كذلك في جنس هذا.

وإن كان تأخيرهم لعذر.. جاز.

مات عن امرأة وورثة، فشهد الشهود أنه كان أقر بحرمتها حال صحته ولم يشهدوا بذلك حال حياته.. لا تقبل إذا كانت هذه المرأة مع هذا الرجل وسكتوا؛ لأنهم فسقوا، وشهادة الفاسق لا تقبل.

أقر بعض الورثة بإعتاق المورث جاريته، وأنكر البعض، ثم شهد شهود أن المتوفى أعتقها.. فتأخير الشهادة لا يكون طعناً إن كان لعذر أو تأويل.

قال أستاذنا: هذا إشارة إلى أن التأخير لو كان لا لعذر ولا لتأويل.. لا يقبل في عتق الجارية كما في الطلاق، وأنه خمس؛ لكونه بشهادة في باب الفروج في الموضعين.

وعنه: ولا يسقط عدالة الشاهد في تأخير شهادة الإعتاق إذا كان وحده ويعلم أنه لا يلتفت إلى قوله وحده.

وإن علم أنه لو أخبر القاضي وحده يحول بينهما.. يفسق بالتأخير.

وكذا في الطلاق.

هذا، وقال في فصل من لا تقبل شهادته للتهمة من «قاضي خان»: رجلان شهدا على مريض صاحب الفراش أنه طلق امرأته ثلاثاً، وقالا: أشهدنا بذلك في صحته، وأمرنا بكتمانه فكتمناه.. لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما شهدا على أنفسهما بالفسق.

وعن أبي القاسم الصفار: إذا شهد اثنان على طلاق امرأة أو عتق أمة وقالا: كان ذلك عام أول.. جازت شهادتهما، وتأخيرهما لا يوهن شهادتهما.

قال رضي الله عنه: وينبغي أن يكون ذلك وهناً إذا علموا أنه يمسكها إمساك الزوجات والإماء؛ لأن الدعوى ليس بشرط في هذه الشهادة؛ فإذا أخروها.. صاروا فسقة. انتهى كلام «قاضي خان».

قلت: فعلى هذا.. يحمل قول الصفار على ما إذا لم يعلموا إمساكها إمساك الزوجات.. فلا يكون عدم قبول شهادتهم بالكتمان مختلفاً فيها، بل متفق عليه، حتى لو قضى القاضي بشهادتهم.. لا ينفذ قضاؤه، به أفتيت.

وهل تسقط الشهادة على رمضان بالتقادم؟

قالوا: إنها تسقط، ولهذا قال في صوم «قاضي خان»: إذا شهد الشهود على هلال رمضان في اليوم التاسع والعشرين: أنهم رأوا هلال رمضان قبل صومهم بيومهم؛ إن كانوا في هذا المصر.. ينبغي أن لا تقبل شهادتهم؛ لأنهم تركوا [٢٢٠/أ] الحسبة، وإن جاؤوا من مكان بعيد.. جازت شهادتهم؛ لانتفاء التهمة.

ثم الطلب ههنا: أعمّ من الحقيقي والحكمي - فيدخل فيه من كان عنده شهادة ولا يعلم بها المدعي وخاف هو فوت الحق؛ فإنه يجب عليه أن يشهد بلا طلب حقيقة؛ فإنه طالب حكماً؛ لتعين الشهادة له على ما في «البحر».

وقال فيه أيضاً: إنما يلزم أداء الشهادة بشروط:

الأول: طلب المدعي فيما كان من حقوق العباد حقيقة أو حكماً.

الثاني: أن يعلم أن القاضي يقبل شهادته، وإن علم أنه لا يقبل.. لا يلزم.

الثالث: أن يتعين عليه الأداء، وإلا.. فلا يلزم.

واعلم: أن كل ما هو من قبيل حقوق الله تعالى.. تقبل فيها الشهادة ويقضى بها من غير تقديم الدعوى وطلب الشهادة، وهي في مواضع على ما ذكروه:

الأول: في الوقف، ففي «العمادية»: والشهادة على الوقف هل تقبل بدون الدعوى؟

اختلف المشايخ فيه:

قال بعضهم: لا تقبل، وقال بعضهم: تقبل، وهو اختيار الفقيه أبي جعفر؛ لأن الوقف حق الله تعالى وهو التصدق بالغلة.. فلا يشترط فيه الدعوى، ومن هنا قال في «قاضي خان»: رجل باع أرضاً، ثم ادعى أنه كان وقفها قبل البيع، وأراد تحليف المدعى عليه.. ليس له ذلك عند الكل؛ لأن التحليف يعتمد صحة الدعوى، ودعواه لم تصح؛ لمكان التناقض.

وإن أقام البينة على ما ادّعى.. اختلفوا فيه، قال بعضهم: لا تقبل بينته؛ لأنه متناقض، وقال بعضهم: تقبل بينته؛ لأن التناقض لا يمنع صحة الدعوى في الوقف.

وعلى قول الفقيه أبي جعفر: الدعوى لا تشترط لقبول البينة على الوقف؛ لأن الوقف حق الله تعالى.. فلا يشترط فيه الدعوى؛ كالشهادة على الطلاق والعتاق، إلا أنه إن كان هناك موقوف عليه مخصوص ولم يدع.. لا يعطى له شيء من الغلة، وتصرف جميع الغلة إلى الفقراء.

قيل: وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل: إن كان الوقف على قوم بأعيانهم.. لا تقبل البينة عليه بدون الدعوى عند الكل، وإن كان الوقف على الفقراء أو على المسجد.. عندهما: تقبل ، وعند أبي حنيفة: لا تقبل بدون الدعوى. انتهى.

ذكر رشيد الدين هذا التفصيل وقال: هكذا فصل الإمام الفضلي، وهو المختار، وعليه فتوى أبي الفضل الكرماني.

أقول: لا بد من هذا التفصيل؛ لأن الأصل هنا: أن كل ما هو [٢٢٠/ب] حق العبد.. لا بد فيه من تقديم الدعوى في قبول الشهادة عليه، وكل ما هو حق الله تعالى.. فلا حاجة فيه إلى الدعوى.. فالوقف إن كان على أعيان الناس.. لا بد فيه من الدعوى؛ لثبوت استحقاقهم.

بخلاف ما إذا كان على الفقراء أو على المسجد ونحو ذلك مما يرجع إلى حق الله تعالى.

الثاني: في النسب، ففي «شرح منظومة ابن وهبان»: الشهادة على النسب على ما حكي عن صاحب «المحيط» مقبولة من غير دعوى؛ لأنه يتضمن حرمات كلها لله تعالى؛ حرمة الفرج، والأمومة، والأبوة.. فتقبل، كما في عتق الأمة.

وقيل: لا تقبل من غير دعوى من خصم.

وفي «القنية»: والشهادة على دعوى المولى نسب عبده.. تقبل من غير دعوى.

قيل: الظاهر: أن القبول على قولهما، وعدم القبول على قول أبي حنيفة.

الثالث: في العتق، ففي «العمادي» و«الفصولين»: الشهادة على عتق الأمة تقبل من غير الدعوى حسبة، ولا يشترط حضور الأمة، ولكن يشترط حضور المولى، حتى لو شهدا: أن فلاناً الغائب أعتق أمته.. لا يسمع القاضي شهادتهما.

وأما الشهادة على عتق العبد.. فاختلفوا فيها:

فقال أبو حنيفة: إنها لا تقبل بدون الدعوى.

وقال صاحباه: إنها تقبل بدون الدعوى؛ مثل عتق الأمة، هكذا ذكره في «العمادي» و«الفصولين».

ثم نقلا عن «فتاوى رشيد الدين»: أن خلاف أبي حنيفة مع صاحبيه: في الشهادة القائمة على عتق العبد الحاصل من جهة المولى.

ولا خلاف في أنهم لو شهدوا أنه حرّ الأصل تقبل بدون الدعوى؛ لأن الشهادة

على حرية الأصل شهادة على حرية أمه، والشهادة على حرية أمه شهادة تحريم الفرج، وشهادة تحريم الفرج حق الله تعالى، فتقبل الشهادة فيه من غير الدعوى حسبة كما في عتق الأمة.

وذكر صاحب «المحيط» في شرح «الجامع الصغير»: الصحيح: أن دعوى العبد شرط عند أبي حنيفة في حرية الأصل وفي العتق العارض، وأن التناقض لا يمنع صحة الدعوى، ولا صحة الشهادة لا في حرية الأصل، ولا في العتق العارض.

وفي متفرقات شهادات «المحيط»: ولا يحلف على عتق العبد حسبة بدون الدعوى بالاتفاق.

وهل يحلف على عتق الأمة وطلاق المرأة من غير الدعوى؟

أشار محمد في آخر كتاب «التحري»: أنه يحلف.

وعن شمس الأئمة السرخسي: أنه لا يحلف.

وفي «القنية»: قالوا: والشهادة على التدبير.. كالشهادة على العتق لا تقبل [٢٢١/أ] عند أبي حنيفة بدون الدعوى.

وقيده في «الأشباه» بتدبير الأمة.

الرابع: **في الطلاق**، ففي «العمادي» و«الفصولين»: الشهادة على طلاق المرأة تقبل من غير دعوى حسبة؛ لأنها قامت على تحريم الفرج، ولهذا قال في أواخر دعوى النكاح من «البزازية»: الأب زوّج البالغة وسلمها إلى الزوج ودخل بها الزوج، ثم برهنت على أنها كانت ردّت النكاح قبل إجازتها.. فالمذكور في الكتب: أنها تقبل.

قال صاحب «الواقعات»: الصحيح عدم القبول؛ لأنها متناقضة في الدعوى، والبينة تترتب على الدعوى، والصحيح: القبول؛ لأنه وإن أبطل الدعوى.. فالبينة لا تبطل؛ لأنها قامت على تحريم فرج المرأة، والبرهان عليه مقبول بلا دعوى. انتهى.

ولا يشترط حضور المرأة، ولكن يشترط حضور الزوج، حتى لو شهدوا: أن فلاناً الغائب طلق امرأته.. لا يسمع القاضي ذلك، ولو شهدوا: أن هذا الرجل طلق امرأته وهي غائبة.. تقبل.

ثم ذكرا عن شروط الحلواني: أنه يشترط حضور المرأة ليشير إليها الشهود عند الشهادة.

ثم قال بعد أسطر: لو شهد شاهدان عند المرأة بطلاق زوجها؛ فإن كان الزوج غائباً.. وسعها أن تعتد وتتزوج بزوج آخر، وإن كان حاضراً معها.. ليس لها ذلك، ولكن لا يتمكن منها زوجها.

وكذلك إن سمعت أنه طلقها ثلاثاً وجحد الزوج ذلك وحلف، فردها القاضي عليه.. لم يسعها المقام معه.

وينبغي أن تفتدي بمالها أو تهرب.

وإذا هربت.. هل لها أن تعتد وتتزوج بآخر؟

في القضاء: لم يسعها ذلك، ويسعها فيما بينها وبين ربها.

وذكر في «العيون»: إذا أخبرت المرأة بموت زوجها أو بردته أو بتطليقه إياها.. حلّ لها التزوج.

ولو سمع من هذا الرجل رجل آخر.. حل له أن يشهد؛ لأن هذا من باب الدين.. فيثبت بخبر الواحد، بخلاف النكاح والنسب.

وهكذا ذكره في «قاضي خان»؛ حيث قال: ولو شهد عند المرأة واحد بموت زوجها أو بردته أو بطلاقها.. حلّ لها أن تتزوج.

ولم يقيدوا بالعدل كما قيده في «الذخيرة»؛ فإنه قال: إذا غاب الرجل عن امرأته، فأخبرها عدل: أن زوجها طلقها ثلاثاً أو مات عنها.. فلها أن تعتد وتتزوج.

وإن كان المخبر فاسقاً.. تحرّت.

وفي إخبار العدل بالموت.. إنما تعتمد على خبره إذا قال: عاينته ميتاً، أو شهدت جنازته.

أما إذا قال: أخبرني مخبر بذلك.. لا تعتمد على خبره، وسيأتي تفصيل هذا إن شاء الله تعالى.

الخامس والسادس والسابع: في حرمة المصاهرة والإيلاء [٢٢١/ب] والظهار؛ ففي «العمادي» و«الفصولين» أيضاً: الشهادة على هذه الثلاثة تقبل بلا دعوى، بشرط أن يكون المشهود عليه حاضراً.

وقيل: لا تقبل بدون الدعوى في الإيلاء والظهار.

الثامن: في هلال رمضان؛ ففي «العمادي» و«الفتاوى»: الشهادة القائمة على هلال رمضان تقبل بدون الدعوى عندهما، وعند أبي حنيفة: ينبغي أن يشترط الدعوى.

وهل يشترط لفظ الشهادة؟

ذكر السرخسي: أنه لا يشترط.

وذكر خواهر زاده: أنه يشترط.

وفي شهادة الفطر والأضحى: يعتبر لفظ الشهادة.

وهل يشترط الدعوى في شهادة العيدين؟

ففي «فتاوى رشيد الدين»: لا تقبل الشهادة في عيد الفطر بدون الدعوى، وفي عيد الأضحى: اختلاف المشايخ؛ لأنه اجتمع فيه حق الله وحق العبد، فبعضهم قاسوه على هلال رمضان، وبعضهم على عيد الفطر.

التاسع: في الحدود الخالصة لله تعالى؛ ففي «الأشباه»: تسمع الشهادة بدون الدعوى في الحدود الخالصة لله تعالى.

العاشر: في الخلع؛ ففي «القنية»: الشهادة على الخلع بدون دعوى المرأة

إِلّا أَنْ يقُوَم الْحقُّ بِغَيْرِهِ.

وسترُها فِي الْحُدُودِ أفضلُ ....

مقبولة؛ كما في الطلاق وعتاق الأمة، ويسقط المهر عن ذمة الزوج، ويدخل المال في هذه الشهادة تبعاً. انتهى.

قال في «شرح ابن وهبان»: وهذه اتفاقية.

الحادي عشر: في النكاح؛ ففي «الأشباه»: والنكاح يثبت بدون الدعوى كالطلاق؛ لأن حلّ الفرج والحرمة فيه حق الله تعالى.. فجاز ثبوته من غير دعوى؛ كذا في «فروق الكرابيسي». انتهى.

(**إلا أن يقوم الحق بغيره**)؛ فإنه حينئذ يسعه الامتناع عن الشهادة؛ لعدم الكتمان؛ لعدم تعينه لها.

(**وسترها في الحدود**) توقياً عن هتك عرض المؤمن حسبة لله (**أفضل**) من أن يشهد حسبة لله ليقام عليه حدود الله تعالى؛ لقوله ﷺ الصلاة لمن شهد عنده بالحد: «لو سترته بثوبك.. لكان خيراً لك»، ولأن حرمة الستر والكتمان عند خوف فوات حق المحتاج إلى الأموال، والله تعالى غني عن العالمين، وليس ثمة خوف فوات الحق، فبقي صيانة عرض أخيه المؤمن، ولا شك أنه أفضل.

فإن قيل: كل من هذين الوجهين معارض لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟﴾ الآية، وإعمالهما نسخ لإطلاق الكتاب، وهو لا يجوز بخبر الواحد، ولا بالعقل.

أجيب: بأن الآية محمولة على الدين؛ لنزولها فيه.

ورد: بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب.

والحق في الجواب أن يقال: إن الحديث المذكور وإن كان [٢٢٢/أ] خبر واحد.. إلا أن القدر المشترك فيما نقل عن النبي ﷺ وأصحابه في متون ذلك

وَيَقُولُ فِي السَّرِقَةِ: «أَخَذَ» لَا «سرقَ».

وَشُرِط للزنا أَرْبَعَةُ رجالٍ..

الحديث: في حق الستر ودرء الحدود متواتر المعنى، فجازت الزيادة به على إطلاق الكتاب، فزدنا به لا بالعقل.

(**ويقول في السرقة: «أخذ»**) إحياء لحق المسروق منه.

(**لا: «سرق»**) محافظة على الستر، ولأنه لو أظهر السرقة.. لوجب القطع حقاً لله تعالى، والضمان لا يجامع القطع.. فيلزم تضييع حق العبد المحتاج، وإظهار حق الغني المطلق، وذلك لا يجوز.. فتعين الشهادة على المال دون السرقة.

(**وشرط للزنا أربعة رجال**).

واعلم: أن الشهادة على مراتب، على ما علم الله فيها من الحكمة:

- **منها: الشهادة بالزنا**، شرط فيها أربعة من الرجال عدول أحرار مسلمين.

أما الأربعة والذكورة.. فلقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِي يَأۡتِينَ ٱلۡفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمۡ فَٱسۡتَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِنَّ أَرۡبَعَةٗ مِّنكُمۡ﴾، وقوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾ ولفظ «أربعة» نص في العدد والذكورة.

فإن قيل: المفهوم ليس بحجة عندنا في الدرايات، فكيف يستدل بهذه الآية على عدم جواز ما دون الأربعة والنساء، وهل هذا إلا الأخذ بالمفهوم؟

أجيب عنه: بأن ذلك علم بالإجماع لا بالمفهوم.

فإن قيل: يعارض ما تلوتم قوله تعالى: ﴿وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ﴾.

أجيب عنه: بأن ما تلونا مانعة، وهذه الآية مبيحة، وإذا تعارض المانع مع المبيح.. فالمانع مقدم.

فإن قيل: لا نسلم أنه مانع، وإنما المانع هو الإجماع، وإلا.. لزم العمل بالمفهوم.

وللقصاصِ وَبَقِيَّةِ الْحُدُودِ: رجلَانِ.

وللولادةِ والبِكَارةِ وعيوبِ النِّسَاءِ مِمَّا لَا يطّلعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ: امْرَأَةٌ.

قلنا: نعم، إلّا أنه لما لم يخالف هذا الإجماع.. جعلناه مانعاً.

وقد يستدل على اشتراط الذكورة: بأن في شهادة النساء شبهة البدلية؛ لقيامها مقام شهادة الرجل في غير الحدود، والحدود مما يندرئ بالشبهات، فلا تصلح الشهادة فيها.

وأما اشتراط العدالة والحرية والإسلام.. فقد تقدم في باب الزنا، وسيأتي من بعد.

- **ومنها: الشهادة للقصاص وبقية الحدود**، وإليه أشار بقوله:

(**وللقصاص وبقية الحدود**) كحد الشرب والسرقة والقذف: (**رجلان**)؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾، وهو نص في بيان العدد والذكورة والبلوغ، إلا أن باب الزنا خرج عن عمومها بما تلوناه من قبل في الزنا من شبهة البدلية فيها.

- **ومنها: ما يكفي فيه شهادة امرأة واحدة**، وإليه أشار بقوله: (**وللولادة والبكارة وعيوب النساء مما لا يطلع عليه الرجال: امرأة**) واحدة.

والأصل فيه: قوله ﷺ: «شهادة النساء [٢٢٢/ب] جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه»؛ لأن الجمع المحلى باللام: يراد به الجنس، وإذا لم يكن ثمة معهود.. فيتناول الواحدة، وهذا حجة على الشافعي في اشتراطه أربعاً من النساء؛ بناء على أن كل امرأتين تقومان مقام رجل واحد في الشهادة، وهذا لأن الرأي في مقابلة النص غير معتبر.

ولنا أيضاً: أن الذكورة إنما سقطت بالاتفاق؛ ليخف النظر فيهن؛ لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف، فكذا سقط اعتبار العدد أيضاً، إلا أن المثنى والثلاث أحوط؛ لما فيه من معنى الإلزام.

ثم قبول شهادة الواحد في حق الولادة قد مضت في ثبوت النسب.

وأما في البكارة؛ فإن شهدت أنها بكر.. يؤجل في العنين سنة، ثم يفرق؛ لأن شهادتها تأيدت بمؤيد وهو البكارة؛ لأنها الأصل فيصلح مؤيداً.

وكذا في رد الجارية المبيعة بشرط البكارة إن قلن: إنها بكر.. تسلم إلى المشتري بلا يمين على البائع، وإن قلن إنها ثيب.. يحلف البائع؛ لينضم نكوله إلى قولهن؛ لأن الفسخ قوي، وشهادتهن ضعيفة ولم تتأيد بمؤيد:

فيحلف بعد القبض بالله: لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر.

وقبله: بالله لقد بعتها وهي بكر.

فإن حلف.. لزم المشتري، وإن نكل.. رد عليه.

فإن قيل: شهادتهن حجة فيما لا يطلع عليه الرجال؛ لما روينا.. فيجب الرد بقولهن، والتحليف ترك العمل بالحديث.

قلنا: ثبت بقولهن العيب، وولاية التحليف للمشتري عمل بالحديث.

ثم يحلف البائع: على أنه لم يكن بها ذلك العيب في الوقت الذي كانت في يده.

وهل تقبل شهادة رجل في الولادة ونحوها مما لا يطلع عليه الرجال؟

ففي «البزازية»: والأصح: أنه تقبل أيضاً.

ويحمل على: وقوع النظر لا عن قصد، أو عن قصد ليتحمل الشهادة كما في الزنا.

وفي «البحر»: أشار بقوله: «مما لا يطلع عليه الرجال» إلى أن الرجل لو شهد فيها.. لا تقبل شهادته، لكنه ليس بمطلق، بل فيما إذا قال: تعمدت النظر.

وَكَذَا لِاستهلالِ الْمَوْلُودِ فِي حقِّ الصَّلَاةِ، لَا الْإِرْثِ.

وَعِنْدَهُمَا: فِي حق الْإِرْثِ أَيْضاً.

ولغير ذَلِك رجلَانِ، أَو رجلٌ وَامْرَأَتَانِ؛ مَالاً كَانَ أَو غيرَ مَالٍ؛ كَالنِّكَاحِ، وَالرّضَاعِ، وَالطَّلَاقِ، وَالْوكَالَةِ، وَالْوَصِيَّةِ.

أما إذا شهد بالولادة ونحوها وقال: فاجأتها فاتفق نظري عليها.. تقبل شهادته عليها إذا كان عدلاً.

وهل تقبل شهادة الكافرة والمملوكة مثل الحرة؟

ففي «البحر» عزواً إلى «خزانة الأكمل»: لا تقبل.

وهل تقبل شهادة الأخرس بإشارته المعهودة؟

ففي أحكام الإشارة من «الأشباه»: أنها لا تقبل.

(وكذا) أي: تقبل شهادة الواحدة **(لاستهلال المولود في حق الصلاة)** أي: على المولود؛ لأنها من الأمور الدينية [٢٢٣/أ]، وشهادتهن حجة فيها كشهادتهن على هلال رمضان، ولم أره صريحاً.

(لا) في حق **(الإرث)**؛ لأن الاستهلال صوت الصبي عند الولادة، وهو مما يطلع عليه الرجال.. فلا يقبل فيه شهادة النساء.

(وعندهما): تقبل **(في حق الإرث أيضاً)**؛ لأنه صوت عند الولادة، والرجال لا تضرها عادة، فصار كشهادتها على نفس الولادة.

والجواب: أن المعتبر في ذلك: إمكان الاطلاع، ولا شك في إمكانه.

• ومنها: **ما يكفي فيه رجلان أو رجل وامرأتان**، وهو فيما سوى المراتب الثلاثة، وإليه أشار بقوله: **(ولغير ذلك)**؛ أي: وشرط في الشهادة لغير تلك المراتب: **(رجلان، أو رجل وامرأتان، مالاً كان أو غير مال؛ كالنكاح والرضاع والطلاق والوكالة والوصية)**، وكذا العتاق.

وفسر الوصية في «العناية» بالوصاية، وعلله بأنه في تعداد غير المال.

ثم الأصل ههنا: قوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾.

وقال الشافعي: لا تقبل شهادة النساء مع الرجال إلا في الأموال وتوابعها؛ كالإعارة والإجارة والكفالة والأجل وشرط الخيار؛ لأن الأصل: عدم قبول شهادتهن؛ لنقصان العقل واختلاط الضبط وقصور الولاية، ولهذا لا تقبل في الحدود شهادة الأربع وحدهن، إلا أنها قبلت في الأموال؛ لضرورة إحياء حقوق العباد، والنكاح والطلاق والعتق أعظم خطراً وأقل وجوداً.. فلا يلحق بما هو أدنى خطراً وأكثر وجوداً.

قلنا: إن الأصل فيها القبول؛ لوجود ما يبتنى عليه أهلية قبول الشهادة، وهو: المشاهدة والضبط والأداء الذي يحصل به علم القاضي، ولهذا يقبل إخبارها في الأخبار والأحاديث.

وقوله: «لنقصان العقل».

قلنا: قد تقرر أن للنفس الناطقة أربع مراتب:

الأولى: العقل الهيولاني، وهي مرتبة الاستعداد المحض، وهي حاصلة لجميع آحاد الإنسان في مبدأ الفطرة.

والثانية: العقل بالملكة، وهي مرتبة تحصيل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات، فيتهيأ بها لاكتساب النظريات بالفكر.

والثالثة: العقل بالفعل، وهي مرتبة تحصيل النظريات المفروغ عنها متى شاء من غير افتقار إلى كسب جديد.

والرابعة: العقل المستفاد، وهي مرتبة استحضار النظريات بالفعل.

إذا عرفت هذا.. فمناط التكليف من هذه [٢٢٣/ب] المراتب: هي المرتبة الثانية، وليس للنساء النقصان في هذه المرتبة، وإلا.. لكنَّ مكلفين دون تكليف الرجال في أركان الإسلام، وليس كذلك، والمراد بقوله ﷺ: «ناقصات عقل» هو الفعل، ولذلك

وَشُرِط لِلْكُلِّ الْعَدَالَةُ وَلَفظُ الشَّهَادَة والْحُرِّيَّةُ وَالْإِسْلَامُ، ....

لم يصلحن للولاية والخلافة والإمارة، والنقصان في هذه المرتبة لا يضر قبول شهادتهن؛ لأن مبناها ليس هذه المرتبة، بل المرتبة الثانية.

وقوله: «واختلاط الضبط».

قلنا: ممنوع، ولو سلم.. فقد انجبر بضم الأخرى إليها.. فلم يبق بعد ذلك إلا شبهة البدلية فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات، وتقبل فيما يثبت بها.

(وشرط للكل) أي: لكل من الأنواع الأربعة المذكورة - أعني: قوله: «وشرط للزنا... إلى قوله: والطلاق والوصية» على ما في البحر؛ حيث قال: أي: وشرط لجميع أنواعها: (العدالة) والحرية (ولفظة الشهادة)؛ أي: لفظ: «أشهد» بصيغة المضارع.. فلا يقوم غيره مقامه.

قال: وقد أفاد أنه لا بد من لفظة الشهادة في شهادة النساء أيضاً، وهو المعتمد، خلافاً للعراقيين؛ لأنهم يجعلونها من باب الإخبار لا الشهادة.

والصحيح: هو الأول؛ لأنها شهادة يشترط فيها الحرية والإسلام، حتى لا تقبل شهادة الكافر والمملوكة ومجلس القاضي أيضاً.

(والحرية)؛ إذ لا ولاية للرقيق، والشهادة تستدعي الولاية.

(والإسلام)؛ لعدم الولاية للكافر.. فلا يجوز شهادة الكافر على المسلم إلا في الوصاية والنسب؛ فإنه إذا ادعى مسلم أو كافر الإيصاء من كافر وأقام شاهدين كافرين على مسلم.. تقبل.

أو ادعى الكافر: أن فلان بن فلان الكافر مات وأنا وارثه، وأحضر مسلماً وأقام عليه شاهدين كافرين: أن لمورثه الميت ديناً عليه.. تقبل شهادتهما عليه في الاستحسان.

فإن قيل: لا يصح حصر الاستثناء على المسألتين؛ إذ قد صرحوا أن شهادة الكافر على عبد كافر مولاه مسلم، وعلى حر كافر موكله مسلم.. مقبولة، والشهادة

على العبد والوكيل هو الشهادة على المولى والموكل، فتكون هذه الشهادة شهادة الكافر على المسلم.

قلنا: إنما تصير شهادة عليه ضمناً لا قصداً وبالذات؛ لأن الشهادة شهادة الكافر على المسلم بالقصد على العبد والوكيل الكافرين، ولا معتبر للضمينات في الشرع، على ما صرح به في «الدرر».

قال في «التاتارخانية»: إذا شهد شاهدان من أهل الكفر على شهادة شاهدين من أهل الإسلام على كافر.. لا تقبل شهادتهما. انتهى.

وهذا لأن [٢٢٤/أ] هذه شهادة الذمي على المسلم قصداً، والعدالة وهي كون حسناته أكثر من سيئاته تتناول الاجتناب عن الكبائر وترك الإصرار على الصغائر، وذلك لقوله تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾، والفاسق لا يكون مرضياً، ولقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾، ولأن من يتعاطى غير الكذب من محظورات دينه.. فقد يتعاطى الكذب أيضاً، فلا يؤتمن.

وعن أبي يوسف: قبول شهادة الفاسق إذا كان ذا قدر ومروءة.

والأول: أصح؛ لأن قبولها إكرام للفاسق، ونحن أمرنا بالإهانة له.

ومع هذا: لو قضى القاضي بشهادة الفاسق.. صح عندنا؛ كذا في «العناية» و«الخلاصة» وغيرهما.

وهل تشترط العدالة في شهادة الذمي؟

فقال في «التاتارخانية» نقلاً عن «التجريد»: شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة إذا كانوا عدولاً في دينهم. انتهى.

واعلم: أن شرط الشهادة على نوعين، على ما ذكره في «البدائع» واستحسنه في «البحر»:

ما هو شرط تحملها، وما هو شرط أدائها.

فالأول: ثلاثة: العقل، والمعاينة، والنظر وقت التحمل.. فلا يصح تحملها من مجنون وصبي لا يعقل ومن أعمى، ولا ممن لم يعاين المشهود به، بل يسمعه؛ إلا في مواضع مخصوصة تصح الشهادة فيها بالتسامع، على ما سيأتي ذكرها.

ولا يشترط للتحمل البلوغ والحرية والإسلام والعدالة، حتى لو كان وقت التحمل صبياً عاقلاً أو عبداً أو كافراً أو فاسقاً، ثم بلغ الصبي وعتق العبد وأسلم الكافر وتاب الفاسق فشهدوا عند القاضي.. تقبل.

وأما شرائط أدائها.. فأربعة أنواع:

منها: ما يرجع إلى الشاهد.

ومنها: ما يرجع إلى نفس الشهادة.

ومنها: ما يرجع إلى مكانه.

ومنها: ما يرجع إلى المشهود به.

فما يرجع إلى نفس الشاهد: البلوغ، والحرية، والبصر، والنطق، والعدالة، لكن هي شرط وجوب القبول على القاضي لا جوازه، وأن لا يكون محدوداً في قذف، وأن لا يجر الشاهد إلى نفسه نفعاً، ولا يدفع عن نفسه مغرماً، وأن لا يكون خصماً، وأن يكون عالماً بالمشهود به وقت الأداء، ذاكراً له.. فلا يجوز اعتماده على خطه من غير تذكر له، عنده، خلافاً لهما.

وما يرجع إلى نفس الشهادة: ثلاثة:

الذكورة في الشهادة للحد والقصاص.

وتقدم الدعوى فيما كان من حقوق العباد.

وموافقتها للدعوى فيما شرط فيه الدعوى؛ فإن خالفها.. لم تقبل، إلا إن وفق.

وما يرجع إلى المكان: واحد، وهو: مجلس القاضي؛ فما ذكره المصنف [٢٢٤/ب].. هو من شروط الأداء لا من شروط التحمل.

فَلَا تصحُّ لَو قَالَ: أعلمُ أَو أتيقنُ.

وَلَا يَسْأَلُ قاضٍ عَن شَاهدٍ بِلَا طعنِ الْخصمِ، ....

ولفظ الشهادة بأن قال: «أشهد» بصيغة المضارع على ما في «البحر».

والأصل فيه: ما تلوناه من النصوص، ولأن في لفظ الشهادة زيادة تأكيد؛ لدلالتها على المشاهدة، وهذا أيضاً من شروط صحة الأداء، على ما صرح به في «البحر» وغيره.

بل لفظ الشهادة من أركانها.. فعده ههنا من الشروط: مسامحة.

وفي «البحر»: ولا بد ههنا من شرط آخر بجميع أنواع الشهادة، وهو: التفسير، حتى لو قال: أشهد مثل شهادته.. لا تقبل.

ولو قال: أشهد مثل شهادة صاحبي.. لا تقبل عند الخصاف.

وعند عامة مشايخنا: تقبل.

(**فلا تصح**) أي: إذا اشترط لفظ الشهادة.. لا تصح الشهادة (**لو قال**) الشاهد عند الشهادة: (**أعلم، أو أتيقن**) أي: لا تصح في تلك الحادثة في ذلك الوقت، على ما في «العناية».

وعن العراقيين: أن لفظ الشهادة ليس بشرط، فتصح بأعلم أو أتيقن عندهم.

والصحيح: هو الأول، على ما في «الهداية»؛ لما ذكرناه.

(**ولا يسأل قاض عن شاهد بلا طعن الخصم**)، بل يقتصر على ظاهر العدالة.

قال أبو حنيفة: يقتصر القاضي على ظاهر العدالة في المسلم، ولا يسأل عن الشهود حتى يطعن الخصم، لقوله ﷺ: «المسلمون عدول بعضهم على بعض، إلا محدوداً في قذف»، وروي مثل ذلك عن عمر أيضاً.

ولأن الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه، وبالظاهر: كفايته.

فإن قيل: الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق، وهنا يثبت المدعي استحقاق المدعى به بإقامة البينة.

إِلّا فِي حدٍّ وقَوَدٍ.

وَعِنْدَهُمَا: يسْأَلُ فِي سَائِرِ الْحُقُوقِ سرّاً وعلناً، وَبِه يُفْتى فِي زَمَانِنَا.

أجيب عنه: بأنه لو لم يكتف بالظاهر.. لاحتيج إلى التزكية، وقبول قول المزكي في التعديل أيضاً عمل بالظاهر؛ لأن الظاهر أن قول المزكي صدق.. فالكلام فيه كالأول، وهلم جراً، وتدور أو تتسلسل.

وقد يقال: إن الظاهر هنا: اعتبر للدفع لا للاستحقاق؛ لأن دعوى المدعي وإنكار الخصم تعارضا، وشهادة الشهود وبراءة الذمة كذلك تتعارض، وبظاهر العدالة اندفع معارضة الذمة، فكان دافعاً.

(**إلا في حد وقود**)؛ لأنهما مما يحتال لإسقاطهما، فيشترط الاستقصاء، وفيهما احتيالاً للدرء.

وأما إذا طعن الخصم.. فيسأل كما في الحدود والقصاص.

ولا يكتفى بظاهر العدالة حينئذ اتفاقاً؛ لأن ظاهر عدالة الشهود معارض بظاهر حال الكذب؛ لأن الظاهر أن المسلم لا يكذب مسلماً لأجل حطام الدنيا، فيحتاج القاضي الترجيح، فيسأل عنه.

(**وعندهما: يسأل في سائر الحقوق**) في جميعها؛ (**سراً وعلناً، وبه يفتى في زماننا**)؛ لأن مبنى [٢٢٥/أ] القضاء على الحجة، وهي بشهادة العدول، فلا بد من التعرف عن العدالة.

على أن في السؤال صوناً للقضاء عن البطلان على تقدير ظهور الشهود عبيداً أو كفاراً.

وقيل: هذا اختلاف عصر وزمان؛ لأن أبا حنيفة أجاز في زمانه، وكان الغالب في زمانه العدل، وهما في زمانهما، وهو زمان نشوء الفساد، حتى لو شاهد أبو حنيفة.. لقال بقولهما.

ولذا قال: «في زماننا».

فإن قيل: هل سؤال القاضي شرط لصحة الشهادة؟

قلت: لا؛ لما في «البحر»: أن السؤال ليس شرط صحة عندهما؛ مستدلاً بقول أبي يوسف: لو قضى القاضي بغير تزكية الشهود.. أجزأت.

وقال في «قاضي خان»: لا يقضي القاضي بظاهر العدالة في قول أبي يوسف ومحمد، ويسأل عن الشهود، وطعن الخصم في الشهود أو لم يطعن.

وقال أبو حنيفة: إن كان المدعى به حقاً يثبت مع الشبهات.. كان له أن يقضي بظاهر العدالة إن لم يطعن الخصم في الشهود، وإذا طعن الخصم في الشهود.. لا يقضي بظاهر العدالة في قولهم جميعاً.

والفتوى: على قولهما.

وكذلك فيما لا يثبت مع الشبهات كالحدود والقصاص.. سأل عن الشهود في قولهم وإن لم يطعن الخصم. انتهى.

وليس مراده: أنه لو حكم بظاهر العدالة لا ينفذ؛ لما ذكرناه عن أبي يوسف نقلاً عن «البحر»: من أنه ينفذ.

وهل يحلف الشاهد؟

ففي «البحر» و«الأشباه» نقلاً عن «تهذيب القلانسي»: وفي زماننا: لما تعذر التزكية لغلبة الفسق.. اختار القضاة استحلاف الشهود؛ كما اختار ابن أبي ليلى؛ لحصول غلبة الظن. انتهى.

وفي «الصرفية»: يجوز تحليف الشاهد إن رآه القاضي.

وفي «الأشباه» نقلاً عن «مناقب الكروري»: اعلم: أن تحليف المدعي والشاهد أمر منسوخ باطل، والعمل بالمنسوخ حرام.

وقد ذكر في «فتاوى القاعدي» و«خزانة المفتين»: أن السلطان إذا أمر قضاته بتحليف الشهود.. يجب على العلماء أن ينصحوا السلطان ويقولوا له: لا تكلف

قضاتك أمراً إن أطاعوك.. يلزم سخط الخالق. وإن عصوك.. يلزم منه سخطك. انتهى.

وذكر في «الخلاصة» و«البزازية»: أنه لا يمين على الشاهد.

وحمله ابن نجيم في «البحر»: على ما كان عند ظهور عدالته، وأما عند خفاء عدالته.. فينبغي أن يستحلف؛ خصوصاً في زماننا: أن الشاهد مجهول الحال، وكذا المزكي غالباً، والمجهول لا يُعرِّف المجهول.

ثم المراد بالسؤال عن الشهود: هو السؤال [٢٢٥/ب] عن عدالتهم لا عن حريتهم وإسلامهم، ما لم ينازع الخصم في حريتهم وإسلامهم؛ لأن الأصل في دار الإسلام: هو الحرية والإسلام.

وأما ما ذكره في «الجامع» و«القنية» وغيرهما: من أن الناس أحرار إلا في الشهادة والحدود والقصاص والقتل.. فإنه لا يكتفى بظاهر الحرية في هذه المواضع، بل يسأل عنه. انتهى.. فمحمول على ما إذا طعن الخصم بالرق والكفر؛ كذا في «البحر».

وصرح به في «القنية» أيضاً.

وفي «الخلاصة»: نقلاً عن شهادات «النوازل»: للخصم أن يطعن الشاهد بثلاثة أشياء:

أن يقول: هما عبدان، أو محدودان في قذف؛ أو شريكان.

فإذا قال: هما عبدان.. يقال للشاهدين: أقيما البينة أنكما حران.

وإذا قال لهما: محدودان في قذف أو شريكان.. يقال للخصم: أقم البينة أنها كذلك.

ثم في الحرية إذا سأل القاضي عن الشهود فأخبر المذكورون أنهم أحرار الأصل.. جازت شهادتهم.

ويُجزئُ الاكتفاءُ بالسرِّ.

ولا يشترط فيه لفظة الشهادة؛ أما إذا قال المزكون: إنهم عبيد فلان أعتقهم، أو قالت الشهود: نحن موالي فلان أعتقنا.. لا تقبل شهادتهم حتى يقيموا البينة على العتق. انتهى.

اعلم: أن التزكية على نوعين:

تزكية في السر، وتزكية في العلانية.

فالأولى: أن يبعث القاضي إلى المزكي رسولاً ويكتب إليه رقعة فيهما أسماء الشهود وأنسابهم وصفاتهم وسوقهم إن كان سوقياً حتى يتعرف المزكي فيسأل عن جيرانهم وأصدقائهم؛ فمن عرف بالعدالة.. يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي إليه: «عدل جائز الشهادة»، ومن عرف بالفسق.. لا يكتب شيئاً، يسكت حرزاً عن هتك الستر، أو يقول: والله أعلم.

إلا إذا عدله غيره أو خاف أنه لو لم يصرح بذلك يقضي القاضي بشهادته.. فحينئذٍ يصرح بذلك.

ومن لم تعرف عدالته وفسقه.. يكتب تحت اسمه: «مستور».

والثانية: أن يجمع الحاكم بين المعدل والشاهد، فيقول المعدل: هذا الذي عدلته، مشيراً إلى الشاهد؛ لينتفي شبهة تعديل غيره؛ كذا في «العناية» و«الخلاصة» نقلاً عن القاضي الإمام.

(**ويجزئ الاكتفاء بالسر**)؛ لأن التزكية بالعلانية بلاء وفتنة، على ما روي عن محمد.

وقد روي: أن التزكية بالعلانية وحدها كانت في زمن الصحابة؛ لأن القوم كانوا صلحاء، والمعدل ما كان يتوقى عن الجرح؛ لعدم مقابلتهم الجارح بالأذى؛ فلذا قال محمد: يكتفى بالسر؛ لأن العلانية بلاء وفتنة.

وَيَكْفِي للتزكية: «هُوَ عدلٌ» فِي الْأَصَحِّ.

وَقيل: لَا بُدَّ من قَوْلِه: عدلٌ جَائِزُ الشَّهَادَة.

(**ويكفي للتزكية: «هو عدل»** [٢٢٦/أ] **في الأصح**)؛ لأن الحرية والإسلام ثابتان بالدار؛ لأن كل من نشأ في دار الإسلام.. كان الظاهر من حاله: الحرية والإسلام، فلا يحتاج إلى الزيادة.

ولهذا لا يسأل القاضي عن حريته وإسلامه، ما لم يطعن الخصم في حريته وإسلامه بالرق والكفر، بل إنما يسأل عن عدالته.

(**وقيل: لا بد من قوله: «عدل جائز الشهادة»**)؛ لأن العبد قد يعدل.

قال في «قاضي خان»: المزكي إذا سئل عن الشهود وعرفهم بالعدالة، فأراد التعديل: روي عن محمد أنه يقول: «هذا عندي عدل مرضي جائز الشهادة»، وبه أخذ بعض المشايخ.

وقال بعضهم: هذا اللفظ لا يكون تعديلاً؛ لأن قوله لفظ موهم.. فلا يكون تعديلاً، ألا ترى أن الشاهد لو قال: «الحق عندي لهذا المدعي» يكون ذلك باطلاً، فكذا في التعديل.

وقال بعضهم: هذا اللفظ في التعديل لا يوجب خللاً.

ولو قال المعدل: «لا أعلم فيه إلّا خيراً».. يكون ذلك تعديلاً.

وقال بعضهم: يحتاج في التعديل إلى خمسة ألفاظ، وهو: عدل، مرضي، جائز الشهادة، صالح، مقبول القول لي وعلي.

وقال بعضهم: إذا قال: «هو عدل جائز الشهادة».. يكون عدلاً، وعليه الاعتماد. انتهى.

وما ذكره المصنف من قوله: «هو عدل» فقط.. ذكره صاحب «الهداية» وصححه.

وقال السرخسي: إنه لا يكتفى بقوله: «هو عدل»؛ لأن المحدود في قذف بعد

وَلَا يَصِحُّ تَعْدِيلُ الْخصمِ بقوله: هُوَ عدلٌ لَكِن أَخطَأَ أَو نسيَ، فَإِن قَالَ: هُوَ عدلٌ صَدَقَ.. ثَبتَ الْحقُّ.

التوبة: عدل غير جائز الشهادة، وكذا الأب إذا شهد لابنه، فلا بد من زيادة: «جائز الشهادة» هكذا ذكره في «البحر»، وقال: وينبغي ترجيحه.

(**ولا يصح تعديل الخصم**) أي: المدعى عليه (**بقوله: هو عدل، لكن أخطأ أو نسي**)؛ لأنه في زعم المدعي وشهوده: أن الخصم كاذب في إنكاره مبطل في إصراره.. فلا يصلح معدلاً لاشتراط العدالة في المزكي بالاتفاق.

وعن أبي يوسف ومحمد: أنه يصح تعديل الخصم بما ذكر، لكن عند محمد: يضم تزكية أخرى إلى تزكيته؛ بناء على أن العدد شرط عنده، كذا في «الهداية».

وقال في «العناية»: هذا إذا كان الخصم عدلاً يصلح مزكياً؛ فإن كان فاسقاً أو مستوراً أو سكت عن جواب المدعي ولم يجحد فلما شهدوا عليه قال: هم عدول.. لا يصح بالاتفاق؛ لاشتراط العدالة في المزكي اتفاقاً. انتهى.

(**فإن قال**) الخصم: (**هو عدل صدق**) على صيغة المعلوم (**.. ثبت الحق**)؛ لأنه اعترف الحق.

وكذا لو قال: هم عدول صدقة [٢٢٦/ب]، على ما في «الهداية».

قال في «قاضي خان»: إن لم يطعن الخصم في الشهود، بل عدلهم.. فهو على وجوه ثلاثة:

إن قال: هم عدول صدقوا فيما شهدوا علي، أو قال: هم عدول جائز شهادتهم لي وعلي، أو قال: هم عدول ولم يزد.

ففي الوجه الأول والثاني: القاضي يقضي عليه بدعوى المدعي، ولا يسأل عن الشهود؛ لأنه أقر بالحق.

وإن قال: هم عدول ولم يزد - وهو الوجه الثالث - أو قال: عدول إلا أنهم أخطؤوا في الشهادة.. فهذا على وجهين:

إما إن كان المدعي عليه عدلاً يصلح للتزكية، أو غير عدل لا يصلح للتزكية بأن كان مستوراً أو فاسقاً.

فإن كان عدلاً يصلح للتزكية.. ينظر:

إن كان المدعى عليه لم يجحد دعوى المدعي عند الجواب بل سكت حتى شهد الشهود، ثم قال: عدول.. قال أبو حنيفة وأبو يوسف: القاضي يقضي للمدعي بشهادتهم، ولا يسأل عنه؛ سواء كان المدعى به حقاً يثبت مع الشبهات أو لا يثبت معها.

وقال محمد: القاضي لا يقضي قبل السؤال، بل يسأل عنهم؛ لأن عنده وإن كان قول الخصم تعديلاً.. فالعدد في المزكي شرط عنده، وعندهما: لا يشترط العدد.

وإن كان المدعي عليه جحد دعوى المدعي عند الدعوى، فلما شهد عليه الشهود.. قال: هم عدول؛ ففي بعض الروايات: جعل هذا على الخلاف الذي تقدم، عندهما: يقضي القاضي من غير سؤال، وعند محمد: لا يقضي ما لم يسأل عن غيره.

وذكر في «الجامع الصغير»: أن في هذا الوجه لا يصح تعديل الخصم في قول أبي يوسف ومحمد، ويكون تعديله بمنزلة العدم.

وفي بعض الروايات عن محمد في هذا الوجه: يقول القاضي للخصم: ماذا تقول فيهم: أصدقوا في الشهادة أم كذبوا؟

إن قال: صدقوا.. فقد أقر على نفسه بما ادعى المدعي، وإن قال: كذبوا.. لا يقضي.

هذا إذا كان المدعى عليه عدلاً، وإن كان فاسقاً أو مستوراً.. لا يصح تعديله، ولا يقضي القاضي.

ولا يجعل قول الخصم: «هم عدول» إقراراً على نفسه بالحق كما لو شهد عليه شاهد واحد، فقال المدعى عليه: هو عدل.. لا يكون قوله إقراراً.. فكذلك ههنا.

وَيَكْفِي الْوَاحِدُ لتزكيةِ السِّرِّ،

بخلاف ما لو قال: «هم عدول صدقوا»؛ فإن ذلك يكون إقراراً.

وإذا لم يصح تعديله إذا كان فاسقاً أو مستوراً.. يسأله القاضي: أصدق الشهود أم كذبوا؟

فإن قال: صدقوا.. كان ذلك إقراراً، فيقضي القاضي بإقراره، [٢٢٧/آ] وإن قال: كذبوا.. لا يقضي. انتهى.

(**ويكفي الواحد لتزكية السر**)، ولا يكفي في العلانية، بل لا بد في المزكي فيها من العدد على ما صرح به في «الخلاصة»؛ معللاً بأنها: في معنى الشهادة، ولهذا لا تصح ممن هو ليس بأهل للشهادة وإن كان عدلاً. انتهى.

وقال في «الهداية»: ولا يشترط أهلية الشهادة في المزكي في تزكية «السرخسي»: صلح العبد مزكياً لمولاه وغيره.

وأما في تزكية العلانية.. فهو شرط.

وكذا العدد بالإجماع، على ما قاله الخصاف؛ لاختصاصها بمجلس القضاء. انتهى.

واعترض عليه في «العناية»: بأن اشتراط العدد في تزكية العلانية ينافي عدم اشتراط ذلك في تزكية السر؛ لأن المزكي في السر هو المزكي في العلانية.. فيجوز أن يكون العدد شرطاً في أحدهما دون الآخر. انتهى.

قلت: الظاهر: أن السؤال مبني على مذهبنا؛ فإن عندنا المزكي في السر هو المزكي في العلانية على ما صرح به في «الخلاصة»؛ حيث قال: وأما عندنا.. فالذي يزكيهم في السر: يزكيهم في العلانية، فلا يستقيم الجواب بمذهب الخصاف؛ لعدم المقابلة. تأمل.

أطلق الواحد فشمل العبد والمرأة والأعمى والمحدود في القذف إذا تاب والصبي وأحد الزوجين للآخر والولد لوالده وعكسه والعبد لمولاه وعكسه.. فإن

والترجمةِ، والرسالةِ إِلَى الْمُزَكي، والاثنانِ أحوطُ.

الكل يصلح لتزكية السر، على ما في «البحر».

وخرج من كلامه تزكية الشاهد لحد الزنا.. فإنه لا بد في المزكي فيها من أهلية الشهادة.

وكذا في المزكي في باقي الحدود؛ احتيالاً في الدرء.

(**والترجمة**) أطلقه: فشمل الترجمة عن الشهود، وعن المدعي، وعن المدعى عليه، على ما في «البحر».

وخصه في «الزيلعي»: بالترجمة على الشهود.

والظاهر: هو الأول؛ يعني: يكفي الواحد في الترجمة عن هذه الثلاثة؛ كما يكفي في تزكية الشهود بلا فرق.

وفي بينهما فرق من وجه آخر؛ فإن الترجمان إذا كان أعمى.. لا يصح عند أبي حنيفة، ويصح عند أبي يوسف، على ما صرح به في «الخلاصة».

ويصح في المزكي.

وكذا لا يجوز أن يكون الترجمان امراة على ما صرح به في «البحر» نقلاً عن «الخزانة».

ويجوز في التزكية.

وقال في «قاضي خان»: إن الشاهد إذا كان أعجمياً.. لا بد أن يكون المترجم عنه اثنان عند محمد، ولا يكفي الواحد، ويكفي عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(**والرسالة إلى المزكي**)، وكذا يكفي الواحد في رسول المزكي إلى القاضي.

(**والاثنان**) أي: في كل من تزكية السر والترجمة [٢٢٧/ب] والرسالة: (**أحوط**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف، هذا ما قاله في «الخلاصة».

ثم تزكية السر إذا احتاط القاضي على قولهما وأراد أن يسأل غير المزكي الأول.. فإنه يفعل مع الثاني كما فعل مع الأول، ولا يعلمه أنه سأل عن حالهم من غيره.

وَعند مُحَمَّدٍ: لَا بُدَّ من الِاثْنَيْنِ.

وإنما قلنا: عند الإمامين؛ لأن الاثنين شرط عند محمد لا عمل بالاحتياط، ولهذا قال: (وعند محمد: **لا بد من الاثنين**)؛ لأن التزكية في معنى الشهادة، فيشترط فيها ما يشترط في الشهادة من العدد وغيره.

ولهما: أنها ليست في معنى الشهادة، حتى لا يشترط فيها لفظ الشهادة ومجلس القضاء.

ولو سلم، ولكن اشتراط العدد في الشهادة ثبت بالنص على خلاف القياس، وليست في معناها حتى تلحق بها دلالة.

ثم إن كان المزكي اثنين؛ سواء كان احتيالاً أو شرطاً فعدل أحدهما وخرج الآخر.. قال أبو حنيفة وأبو يوسف: الجرح أولى؛ لأنه اعتمد على دليل غير ظاهر الحال، فكان الجرح أولى، كما لو عدله اثنان وجرحه اثنان.. كان الجرح أولى في قولهم.

وقال محمد: إذا عدلهم واحد وجرحهم الآخر.. يتوقف، ولا يقضى بشهادتهم ولا يرد، بل ينظر إن جرحهم آخر.. يثبت الجرح، وإن عدلهم آخر.. تثبت العدالة، كذا في «قاضي خان».

ومنه ظهر: أن ما في «الخلاصة» - من قوله: فإن جرحه واحد وعدله آخر.. تعارضا وصار كأنه لم يسأل أحداً؛ فإن عدله الثالث.. كانت العدالة أولى، وإن جرحه الثالث.. كان الجرح أولى. انتهى - ليس على إطلاقه.. بل محمول على قول محمد.

وقال في «قاضي خان» أيضاً: جرحه واحد وعدله اثنان.. تثبت العدالة في قولهم؛ لأن قول الاثنين حجة مطلقة في الأحكام، بخلاف قول الواحد.

وإن جرحهم اثنان وعدلهم عشرة.. كان الجرح أولى؛ لأن قول الاثنين يساوي قول الجماعة، كما في دعوى الملك إذا أقام أحد المدعين: اثنين، والآخر: عشرة..

وتشترطُ الْحُرِّيَّة فِي تَزْكِيَةِ الْعَلَانِيَةِ دونَ السِّرّ.

لا يترجح صاحب العشرة؛ إذ لا يترجح بكثرة الأدلة عندنا، وإنما الترجيح بقوتها، على ما في الأصول.

(**وتشترط الحرية في تزكية العلانية دون السر**)، قال في «الهداية»: قالوا: ويشترط الأربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد.

وقال في «قاضي خان»: أجمعوا على أن ما يشترط في الشاهد من العدالة والبلوغ والحرية والبصر: شرط ذلك في تزكية العلانية أيضاً.. فلا يصح تعديل الأعمى والصبي والمعتوه والفاسق في العلانية.

* * *

(فَصْلٌ)

يَشْهَدُ بِكُلِّ مَا سَمَعه أَو رَآهُ كَالْبيعِ، وَالْإِقْرَارِ، وَحُكْمِ الْحَاكِمِ، وَالْغَصْبِ، وَالْقَتْلِ، وإِنْ لم يُشْهَدْ عَلَيْهِ، وَيَقُول: «أَشهدُ»، لَا «أَشهدني».

(فَصْلٌ)

[٢٢٨/أ] فِي بَيَانِ مَا يَتَحَمَّلهُ الشَّاهِدُ

وهو على نوعين:

أحدهما: ما ثبت الحكم بنفسه من غير احتياج إلى الإشهاد ومعاينة السبب.

والثاني: ما يحتاج إلى الإشهاد.

فأشار إلى الأول بقوله: (**يشهد بكل ما سمعه**) من المسموعات، (**أو رآه**) من المبصرات؛ (**كالبيع والإقرار وحكم الحاكم والغصب والقتل وإن**) وصلية (**لم يشهد**) على صيغة المجهول (**عليه**) أي على كل منها؛ لأنه علم الحادثة على ما هو حقه.. فيجوز له الأداء؛ لوجود الركن، قال ﷺ: «إذا علمت مثل الشمس.. فاشهد، وإلا.. فدع».

(**ويقول: أشهد**) أنه باعه، أو أقرّ بِهِ، أو حكم، أو غصبه، أو قتله.

(**لا: أشهدني**)؛ لأنه كذب؛ لعدم الشهادة على ما هو الغرض.

اعلم: أن البيع يصلح أن يكون مثالاً لكل من المسموع والمبصر، وكذا الإقرار.

أما البيع.. فإنهما إن عقداه بإيجاب وقبول.. كان من المسموعات؛ لأنه حينئذ كان عبارة عن مجموع: «بعت واشتريت»، وهو لفظ مسموع.

وإن عقداه بالتعاطي بدون إيجاب وقبول.. كان من المبصرات.

واختلفوا: هل يشهد في البيع بالتعاطي بالبيع، أو الأخذ والتعاطي؟

قيل: بالبيع.

وقيل: بالأخذ والتعاطي.

وفي «البحر» نقلاً عن «البزازية»: أنه يجوز كلاهما.

ثم قال: ولا بد من بيان الثمن في الشهادة على الشراء؛ لأن الحكم بالشراء بثمن مجهول.. لا يصح؛ كذا في «البزازية».

وفي «الخلاصة»: رجل حضر بيعاً، ثم احتيج إلى الشهادة للمشتري يشهد له بالملك بسبب الشراء، لا بالملك المطلق.

وقيل: إنه يجوز.

والأول: أصح؛ لأن الملك المطلق ملك من الأصل، والملك بالشراء حادث.

وأما الإقرار.. فإنه إن كان بالتلفظ.. فظاهر أنه من المسموعات.

وإن كان بالكتابة.. فهو من المبصرات، والدليل عليه: ما ذكره في إقرار «البزازية»: كتب كتاباً فيه إقرار بين يدي الشهود.. فهذا على أقسام:

الأول: أن يكتب ولا يقول شيئاً، وإنه لا يكون إقراراً.. فلا يحل الشهادة بأنه إقرار.

قال القاضي النسفي: إن كتب مصدراً مرسوماً وعلم الشاهد.. حلّ له الشهادة على إقراره، كما لو أقر كذلك.

وإن لم يقل: اشهد علي به.. فعلى هذا.

إذا كتب للغائب على وجه الرسالة: «أما بعد: فعلي لك كذا».. يكون إقراراً؛ لأن الكتابة من الغائب كالخطاب من الحاضر.. فيكون متكلماً.

والعامة على خلافه؛ لأن الكتابة قد تكون للتجربة.

وفي حق الأخرس: يشترط أن يكون معنوناً مصدراً وإن لم يكن إلى الغائب.

الثاني: كتب وقرأ عند الشهود لهم أن يشهدوا وإن لم يقل [٢٢٨/ب]: اشهدوا به علي.

الثالث: أن يكتب هو ويقرأ عليه عند الشهود غيره، ويقول الكاتب: هذا له، اشهدوا علي به.

الرابع: أن يكتب عندهم ويقول: اشهدوا علي بما فيه؛ إن علموا بما فيه.. كان إقراراً، وإلا.. فلا. انتهى.

وأما حكم الحاكم.. فيصح أيضاً أن يكون:

مثالاً للمسموع، وذلك إذا كان بالقول.

وأن يكون مثالاً للمبصر إذا كان القضاء بالفعل كتزويجه الصغار اللاتي لا وليّ لهن.. فإنه حكم منه.

وكبيع مال اليتيم وشرائه له.. فإنه حكم أيضاً.

وكقسمة مال الميت.. فإنه حكم أيضاً على ما صرح به في أول قضاء «البحر».

وأما الغصب والقتل.. فلا يكونان إلا من المبصرات.

وما ذكر في «حواشي الهداية»: من أن البيع والإقرار وحكم الحاكم من المسموعات لا من المبصرات.. ليس على ما ينبغي.

ثم اعلم أنه إذا سمع ما كان من المسموعات من إقرار وغيره من وراء حجاب يحجب عن رؤية شخص المقر.. هل يجوز له أن يشهد؟

ففي «الهداية»: لا يجوز.

ولو فسر للقاضي، وقال: أشهد بالسماع من وراء الحجاب.. لا يقبله؛ لأن النغمة - وهي الكلام الخفي - تشبه النغمة، والمشبه لا يفيد العلم.. فلا يجوز؛ لانتفاء المجوز.

إلا إذا كان دخل البيت وعلم أنه ليس فيه أحد سواه، ثم جلس على الباب، وليس للبيت مسلك غيره، فسمع إقرار الداخل ولا يراه، وشهد عنده اثنان بأنها فلانة بنت فلان.. فإنه جاز له أن يشهد.

وكذا إذا رأى شخص المقر حال الإقرار لرقة الحجاب.

وليست رؤية الوجه شرطاً؛ لأنه حصل العلم في هذه الصورة، كذا في «العناية» عزواً إلى «الذخيرة».

وفي «الخلاصة» عزواً إلى «النوازل» بالشهادة على امرأة لا يعرفها وهي منتقبة.. سأل محمد بن الحسن أبا سليمان الجوزجاني عن هذه المسألة؟

قال: لا يجوز، حتى يشهد عنده جماعة أنها فلانة.

أما عند أبي يوسف، وعند أبي.. فيجوز إذا شهد عنده عدلان أنها فلانة.

وهل يشترط رؤية وجهها؟

اختلف المشايخ فيه:

منهم: من لم يشترط، وإليه مال الإمام خواهر زاده.

وفي «النوازل» قال: يشترط رؤية شخصها.

وفي «الجامع الصغير»: يشترط رؤية وجهها، قال ورأيت الإمام خالي أمرها بكشف الوجه وأمرني بالخروج.

وفي «المنتقى»: لو تحمل رجل الشهادة على امرأة، ثم إنها ماتت، ثم شهد رجلان عنده أن المقرة فلانة.. جاز له أن يشهد عليها الكل في «الخلاصة».

ثم نقل فيها عن الخصاف المسألة التي ذكرها [٢٢٩/أ] صاحب «الهداية» بطريق الاستثناء على ما نقلناه عنه آنفاً؛ أعني: أن رجلاً كان دخل البيت وعلم أنه ليس فيه أحد سواه.. إلخ.

ثم نقل عن «العيون»: لو أن رجلاً خبأ قوماً لرجل، ثم سأله عن شيء فأقرَّ به، وهم يرونه ويسمعون كلامه، ولا يراهم هو.. جازت شهادتهم.

وإن سمعوا كلامه ولم يروه.. لا يجوز.

وَلَا يشْهدُ على شَهَادَةِ غَيرِه إِذا سمعَ أداءَها أَو إِشْهَادَ الْغَيْرِ عَلَيْهَا، مَا لَم يُشْهَدْ هُوَ عَلَيْهَا.

قال: وهذا يؤيد ما اختاره الإمام خالي.

وفي شهادات «البزازية» نقلاً عن «المحيط»: شهدا على امرأة سمياها ونسياها، وكانت حاضرة، فقال القاضي: أتعرفانها؟ فقالا: لا.. لا تقبل شهادتهما.

ولو قالا: تحملنا على المسماة بفلانة بنت فلان الفلانية، ولكن لا ندري أنها هي أم لا.. صحت الشهادة، وكلف المدعي أن يأتي بآخرين يشهدان أنها فلانة بنت فلان الفلانية.

بخلاف الأول؛ لأنهما ثمة أقرا بالجهالة، فبطلت الشهادة.

(**ولا يشهد على شهادة غيره إذا سمع أداءها أو إشهاد الغير عليها**) أي: على الشهادة، (**ما لم يشهد هو عليها**).

هذا شروع في بيان النوع الثاني؛ أعني: ما يحتاج في الشهادة إلى الإشهاد يعني: إذا سمع شاهداً يشهد بشيء.. لم يجز له أن يشهد على شهادته، ما لم يشهده على شهادته؛ لأن شهادة الأصول لا توجب الحكم بنفسها، بل بالنقل إلى مجلس القضاء، ولا يكون النقل إلا بالإنابة عند محمد، لأنه يقول:

بطريق التوكيل، ولا توكيل إلا بأمر الموكل.

أو بالتحمل، عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ فإنهما لم يجعلاه بطريق التوكيل، بل بطريق التحميل، ولا تحمل بدون التحميل، ولا تحميل بدون الإشهاد.

وكذا إذا سمع الشاهد أنه شهد شاهداً على شهادته.. لم يجز له أن يشهد؛ لأنه ما حمله، وإنما احتمل غيره، كذا في «العناية».

واعلم: أن الظاهر من قول المصنف ههنا: «ما لم يشهد هو عليها»: أن مجرد الإشهاد كاف في الشهادة بلا حاجة إلى أمر آخر، لكن لا بد فيها بعد الإشهاد والتحميل من أمرين أخيرين:

وَلَا يعْملُ شَاهدٌ وَلَا قَاضٍ وَلَا راوٍ بِخَطِّهِ مَا لم يتَذَكَّر.
وَعِنْدَهُمَا: يجوزُ إِن كَانَ مَحْفُوظاً فِي يَدِهِ.

أحدهما: يقبل التحميل ولا يرده، حتى لو أشهده عليها وقال هو: لا أقبل.. لا يصير شاهداً، ولو شهد بعد ذلك.. لا تقبل شهادته، كما في «القنية» و«البحر».

ثم قال في «البحر»: ينبغي أن يكون هذا على قول محمد؛ لأنه توكيل عنده، وللوكيل أن لا يقبل الوكالة، بل يردها؛ لأن الوكالة مما يقبل الرد، وأما على قولهما.. فلا يرتد بالرد؛ لأنه تحميل عندهما، والتحميل لا يرتد بالرد. انتهى.

قلت: ينبغي أن يكون هذا فيما إذا تعين للشهادة؛ لأنه حينئذ لا يقبل الرد لإفضائه إلى إضاعة الحق، وأما إذا لم يتعين.. فيقبل الرد.

الثاني: أن لا ينهاه الأصل [٢٢٩/ب] بعد التحميل عليها؛ لما في «الخلاصة»: لو حضر الأصلان ونهيا الفرع عن الشهادة.. صح النهي عند عامة المشايخ.

وقال بعضهم: لا يصح، والأول: أظهر. انتهى.

(**ولا يعمل شاهد، ولا قاض، ولا راوٍ بخطه ما لم يتذكر**) الحادثة عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: يجوز إن كان**) الخط أي: المكتوب الذي كتب فيه الشهادة أو الحكم أو السماع (**محفوظاً في يده**).

إذا رأى خطه في صك ولم يتذكر الحادثة.. لا يحل له أن يشهد؛ لأن الخط يشبه الخط، والمشتبه لا يفيد العلم.

قيل: هذا على قول أبي حنيفة؛ بناء على أنه لا يعمل بالخط ويشترط الحفظ، ولهذا قلّت روايته؛ لاشتراطه في الرواية الحفظ أيضاً؛ من وقت سماع الحديث إلى وقت الأداء.

وعندهما: يحل له ذلك رخصة، واختاره المصنف.

وقيل: عدم حل الشهادة بدون تذكر الحادثة بالاتفاق.

وإنما الخلاف فيما إذا وجد القاضي شهادة شهود شهدوا عنده فأثبته في خريطته، وجاء المشهود له بطلب الحكم ولم يحفظه الحاكم، أو وجد حكمه مكتوباً في خريطته، وفي خريطته كذلك.. فإن أبا حنيفة لا يرى جواز الحكم بذلك، وصاحباه جوزاه؛ لما أن القاضي لكثرة اشتغاله يعجز عن أن يحفظ كل حادثة، ولهذا يكتب.

وإنما يحصل المقصود بالكتاب إذا جاز له الاعتماد عليه عند النسيان الذي ليس يمكن التحرز عنه؛ فإذا كان في خريطته تحت ختمه.. فالظاهر أنه لم يصل إليه يد مغيرة، والقاضي مأمور باتباع الظاهر.

ولا كذلك الشهادة في الصك؛ لأنه في يد غيره.

وعلى هذا الاختلاف: إذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة أو أخبره قوم ممن يثق بهم: أنا شهدنا نحن وأنت.. فإنه لا يحل له بالاتفاق.

وقيل: لا يحل عند أبي حنيفة، ويحل عندهما؛ كذا في «العناية».

وقال في «الخلاصة»: الشاهد إذا رأى خطه ولم يتذكر الحادثة.. هل يحل له أن يشهد؟

ذكر في كتاب القضاء، وفي «الفتاوى الصغرى»: لو تذكر أنه كتب الشهادة ولم يتذكر أنه شهد على المال.. لا يشهد.

وعند محمد: يسعه أن يشهد.

وفي «أدب القاضي» للخصاف: من شرط صحة الشهادة عند أبي حنيفة: أن يتذكر الحادثة، والتاريخ، والمال: مبلغه وصفته، حتى إذا لم يتذكر شيئاً منه وتيقن أنه خطه وخاتمه.. لا ينبغي أن يشهد، وإن شهد.. فهو شاهد زور.

وَلَا يشْهَدُ بِمَا لم يعاينْهُ إِلّا النّسَبَ، ....

وعند أبي يوسف: إذا تيقن أنه خطه وخاتمه.. وسعه أن يشهد، ولكن يشترط أن يكون الصك مستودعاً ولم تتداوله الأيدي، ولم يكن في يد [٢٣٠/أ] صاحب الصك من الوقت الذي كتب اسمه ووضع خاتمه؛ فإن لم يكن ذلك.. لا يسعه أن يشهد.

ولو شهد عند القاضي.. ينبغي أن يقبل.

لكن إذا رأى الشاهد.. ينبغي أن يسأله بم تشهد عن علم أم تعتمد على الخط؟

فإن قال: عن علم.. قبلت شهادته، وإن قال: أعتمد على الخط.. لا تقبل.

قال شمس الأئمة الحلواني: ينبغي أن يفتى بقول محمد. انتهى.

وهكذا في «البزازية».

وهل تقبل شهادة القاضي بعد عزله على حكمه في زمان ولايته؟

قالوا: لا تقبل؛ لأنها شهادة على فعله.. فلا تقبل، إلا إن شهد على نفس الحادثة لا على حكمه بتلك الحادثة؛ بأن يقول: أشهد أن هذه الحادثة كذلك، ولا يقول: إني حكمت بتلك الحادثة في زمان ولايتي.. فحينئذٍ: يقبل، على ما أفتى به مشايخ الإسلام.

(**ولا يشهد بما لم يعاينه**)؛ لما مر من اشتراط العلم بالحادثة.

(**إلا النسب**)؛ فإنه تجوز الشهادة فيه بالتسامع.

صورته: إذا سمع من إنسان: أن فلانَ بنَ فلانٍ ابن فلان الفلاني.. وسعه أن يشهد بذلك وإن لم يعاين الولادة على فراشه، ألا ترى أنا نشهد أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه عند ابن أبي قحافة، وما رأينا أبا قحافة.

والأصل فيه: أن النسب مما لا يطلع عليه إلا الخواص، وقد يتعلق بها حكم يبقى على انقضاء القرون؛ كالإرث.

فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع على ما هو القياس؛ لعدم المشاهدة فيها.. لأدى إلى تعطيل الحكم الشرعي، فقلنا بالقبول استحساناً.

وهل يلزم في قبوله عدم التفسير؟

قالوا: يلزم، على ما سيأتي.

وهل يلزم دعوى المال أو لا يلزم؟

فيه تفصيل ذكرناه في موضع آخر، ولنذكر هنا أيضاً توضيحاً له؛ ففي دعوى النسب من دعوى «البزازية»: ادعى على آخر أنه أخوه لأبويه؛ إذا ادعى إرثاً أو نفقة وبرهن.. يقبل، ويكون قضاء على الغائب أيضاً، حتى لو حضر الأب وأنكر.. لا يقبل، ولا يحتاج إلى إعادة البينة؛ لأنه لا يتوصل إليه إلا بإثبات الحق على الغائب.

وإن لم يدع مالاً بل ادعى الأخوة المجردة.. لا يقبل؛ لأن هذا في الحقيقة إثبات البنوة على أب المدعى عليه وأمه، والخصم فيه هو الأب والأم لا الأخ.

وكذا لو ادعى أنه ابن ابنه، أو أبو أبيه والابن والأب غائب أو ميت.. لا يصح، ما لم يدع مالاً؛ فإن ادعى مالاً.. فالحكم على الحاضر والغائب جميعاً.

بخلاف ما إذا ادعى على رجل أنه أبوه أو ابنه، أو على امرأة أنها زوجته، أو ادعت هي عليه أنه زوجها، أو ادعى العبد على عربي [٢٣٠/ب] العمومة.. لا بد من أن يفسر أنه عمه لأبيه أو أمه أو لهما.

ويشترط أيضاً أن يقول: هو وارثه لا وارث له غيره.

وكذا في الأخ والجد: يلزم أن يقول: «لا وارث له غيره».

وذكر في السادس من شهادات «البزازية» أيضاً: كل من لا يحجب حرماناً - كالأب والابن - إذا ذكر أنه أبوه أو ابنه.. لا يشترط أن يقولوا: هو وارثه، فيما عليه الفتوى.

وفي ذكر الأخوة والعمومة.. لا بد من ذكر لفظ الوراثة؛ لاحتمال أن يكون رضاعاً أو قبيلة أو نسباً.

ولا بد أيضاً: أنه لأب، أو لأم، أو لهما.

وهل يشترط ذكر نسب الأب والأم إلى الجد الأعلى في الشهادة على دعوى ابن العم؟

ففي السادس من «الفصولين»: ادعى أنه ابن عم الميت.. يحتاج إلى أن يذكر نسبة الأب والأم إلى الجد؛ ليصير معلوماً؛ لأن انتسابه بهذه النسبة ليس بثابت عند القاضي، فيشترط البيان؛ ليعلم.

ادّعى: إني أخوه لأبيه وأمه، وشهدوا ولم يذكروا اسم الأم والجد.. لا تقبل؛ لعدم التعريف.

وقيل: يقبل؛ لأنه ذكر محمد: أنه إن برهن أنه أخوه لأبيه وأمّه.. تقبل، ولم يشترط ذكر الجد.

وفي الأخ لا يشترط ذكر اسم الجد وغيره.

أما لو ادعى أنه ابن عمه.. لا بد أن يذكر اسم أبيه وجده. انتهى.

وذكر في «معين المفتي»: أنه يشترط في دعوى بنوة العم ودعوى العمومة: بيان النسب إلى أن يلتقيا في الجد الأعلى. انتهى.

فعلم منه: أن المراد بلفظ «الجد» في كلام «الفصولين»: هو جد المتوفى، لا جد مدعي النسب؛ لأن الجد الأعلى للمدعي هو جد المتوفى.

وهل يلزم ذكر الجد الأعلى في دعوى النسب من جهة ذي الرحم؟

ففي فتاوى مشايخ الإسلام: أنه يلزم؛ فإنه ذكر في «فتاوى شيخ الإسلام يحيى الكبير»: مات زيد وقبض تركته زوجته هند مع ابن أخته، ثم ظهرت خديجة وفاطمة وادعتا أنهما بنتا أخ زيد المتوفى، وطلبتا حصة من التركة، وأنكرت الزوجة وابن الأخت قرابتها مع زيد، فأشهدا.. فلا بد في قبول الشهادة من ذكر جد المتوفى مع أخيه الذي هو أب خديجة وفاطمة، وإلا.. فلا تقبل شهادتهما.

هذه صورة الفتوى.

وَالْمَوْتَ، ....

فلا شك أن جد المتوفى هو جد أعلى للمدعيتين المذكورتين.

وهل تقبل الشهادة بالسماع في الولاء مثل النسب؟

ففي «الخلاصة»: وأما الولاء.. فلا يشهد فيه وإن كان مشهوراً، إلا إذا كانت الورثة التي أضافوا إليهم الولاء يزعمون أنه رقيق لهم.

وفي قول أبي يوسف آخراً - وهو قول محمد [٢٣١/ب] -: تجوّز الشهادة فيه بالتسامع، ولا يجوز بالتسامع مع العتق والطلاق.

قال شمس الأئمة الحلواني: هذا قولهما؛ أما عند أبي يوسف.. يجوز كما في الولاء. انتهى.

(والموت) في «الخلاصة»: وأما الموت إذا سمع الناس يقولون: إن فلاناً مات، أو رآهم صنعوا به كما يصنع بالموتى.. يسعه أن يشهد على موته وإن لم يعاين ذلك؛ فإنّا نشهد أن رسول الله ﷺ توفي ولم ندرك وفاته.

وفي الموت مسألة عجيبة، وهي: أنه إذا لم يعاين الموت إلا واحد لو شهد عند القاضي لا يقضى بشهادته.. ماذا يصنع ذلك الواحد؟

قالوا: يخبر بذلك عدلاً مثله؛ فإذا سمع منه.. حلّ له أن يشهد على موته، فيشهد هو مع ذلك الشاهد، فيقضى بشهادتهما، كذا في «الخلاصة» و«البزازية».

وفيهما أيضاً: وإذا جاء خبر موت رجل من أرض أخرى، فصنع أهله ما يصنع بالموتى.. لم يسع لأحد أن يشهد على موته، إلا أن يشهد موته، أو سمع ذلك ممن شهد موته، وبعد ذلك لو شهدا عند القاضي وقالا: نشهد أن فلاناً مات، أخبرنا بذلك من نثق به.. جازت شهادتهما على البتات في الأصح.

والخصاف جوّز ذلك أيضاً.

وفيه اختلاف المشايخ.

وكذلك لو قالا: دفناه، أو شهدنا جنازته؛ لأن كلاً من الدفن وشهود الجنازة عيان، على ما سيصرح به في الكتاب.

بقي الكلام في القتل، هل هو مثل الموت في الشهادة عليه؟

ففي «الخلاصة» وبعض نسخ «البزازية»: والقتل كالموت.

وفي بعض النسخ الأخرى للبزازية: والموت كالقتل.

والصحيح: ما في «الخلاصة»، على ما صرح به في «البحر».

لكن يرد عليه: أن الظاهر منه: أن الشهادة على القتل بالتسامع جائز؛ كما في الموت، وهو بإطلاقه مشكل؛ للفرق الظاهر بينهما؛ لأن القتل مما قد يترتب عليه القصاص دون الموت، وفي الشهادة بالتسامع شبهة.. فلا يثبت بها ما يندرئ بالشبهات وهو القصاص.

اللهم، إلا أن يقال: المراد بالتشبيه بالموت: في حق جواز الاعتداد؛ يعني: أنها تعتد بخبر قتل زوجها وتتزوج بآخر، كما في خبر موته.

ومن الفرق بين الموت والقتل.. ما قالوا: إن زمان القتل يدخل تحت الحكم، وزمان الموت لا يدخل.

توضيحه: أنه لو ادعى الابن [أن فلاناً قتل أباه، وأقام البينة وأرخ للقتل، أنه قتله في يوم كذا في شهر كذا من سنة كذا من سنة كذا، ثم أقامت امرأة البينة][1] أن أباه تزوجها في يوم كذا بعد ذلك اليوم الذي وقته الابن للقتل.. فإنه لا يقضي ببينة المرأة؛ لأن وقت القتل يدخل في القضاء؛ لأن المقتول يستحق حقاً على القاتل بالقتل؛ أما القصاص أو الدية؛ فإذا قضي بقتله وبوجوب القصاص أو الدية في ذلك الوقت.. لا تقبل البينة بعد ذلك.

---

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «فتاوى قاضي خان» (٢/٢٣٤).

بخلاف الموت [٢٣٢/أ]؛ فإن الميت بموته لا يستحق شيئاً على أحد.. فلا يدخل وقته في القضاء، وإذا لم يدخل وقته في القضاء؛ لعدم تعلق الحكم به.. يبطل التاريخ بالموت.

حتى لو أقام الابن أن أباه مات في يوم كذا من شهر كذا من سنة كذا وترك ميراثاً له، وأقامت امرأة أنه تزوجها بعد يوم فيما وقته الابن.. يقضى بالنكاح والصداق والميراث للمرأة؛ لبطلان تاريخ الموت.

هذا، واعلم: أنهم ذكروا في الفتاوى: أن رجلاً لو أخبر امرأة رجل: سمعت من الناس أن زوجك فلاناً مات.. جاز لها أن تتزوج بآخر إن كان المخبر عدلاً؛ فإن تزوجت بآخر بخبر العدل، ثم أخبرها جماعة: أن الزوج الأول حي: إن صدقت الأول.. فالنكاح الثاني صحيح، على ما في «الخلاصة» و«البزازية» من «فتاوى النسفي».

لكن في «المنتقى»: لم يشترط تصديق المرأة، بل شرط عدالة المخبر.

وفي «النوازل»: إن كان المخبر عدلاً، لكنه أعمى أو محدود في قذف.. فهو جائز.

ثم اعلم: أنه لو أخبرها واحد بموت زوجها الغائب، وأخبرها اثنان بحياته؛ إن كان المخبر بالموت شهد أنه عاين موته، أو شهد جنازته وكان عدلاً، ولم يؤرخا.. فشهادة الموت أولى؛ فلها أن تتزوج بآخر بعد العدة.

ولو أرّخا، وتاريخ شاهدي الحياة مؤخر.. فشهادة الحياة أولى.

وههنا مسألة غريبة ذكرها الإمام السرخسي في «المحيط»: قال فيه: إذا نُعي إلى المرأة زوجها واعتدت عدة الوفاة وتزوجت بزوج آخر وولدت من هذا الزوج الآخر، ثم جاء الأول حياً.. أجمعوا: على أن المرأة ترد على الأول.

واختلفوا في الأولاد: قال أبو حنيفة: الأولاد للزوج الأول على كل حال.

وَالنِّكَاحَ، وَالدُّخُولَ، وَوِلَايَةَ القَاضِي، ....

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا جاءت بالولد لأكثر من سنتين من دخل بها الزوج الثاني إلى سنتين.. قال أبو يوسف: هو للثاني، وقال محمد: هو للأول.

وروى الجرجاني عن أبي حنيفة: أنه رجع عن هذا القول، وقال: الأولاد للثاني. انتهى.

(**والنكاح**)، وفي «الخلاصة»: إذا رأى رجلاً يدخل على امرأة وسمع من الناس أن فلانة زوجة فلان.. وسعه أن يشهد أنها زوجته وإن لم يعاين عقد النكاح، ألا ترى أنا نشهد أن عائشة زوجة رسول الله ﷺ وإن لم نعاين النكاح.

ثم ذكر نقلاً عن الخصاف: أن في الشهادة على النكاح بالتسامع يشهد على النكاح دون المهر.

ثم ذكر أن في الشهادة على المهر بالتسامع روايتين، والأصح: أنه جائز؛ فما ذكره [٢٣٢/ب] في النصاب[1] خلاف الأصح.

واختار «قاضي خان»: جوازه أيضاً.

(**والدخول**) أي: دخول الزوج على الزوجة.

وفي «الخلاصة»: أما الشهادة على الدخول بالمنكوحة.. فبالتسامع، ولو أراد أن يثبت الدخول.. يُثبِتُ الخلوةَ الصحيحة.

(**وولاية القاضي**)، وفي «الخلاصة»: أما القضاء بأن كان قضى في مصر ورآه الناس، وسمع الناس يقولون: إنه قاض.. يسعه له أن يشهد على كتابه إلى قاضي مصر آخر استحساناً.

ثم قال نقلا عن «شرح الطحاوي»: وكذا يجوز الشهادة أنه قاضي بلد كذا وإن لم يعاينوا المنشور والتقليد.

---

(١) كذا في المخطوط، ولم يتبيّن لنا معناه.

وأصلَ الْوَقْف، ....

وكذا يحل له أن يشهد: أن هذا والي بلد كذا وإن لم يعاين العهد والمنشور.

(**وأصل الوقف**)، قال في «الحاوي القدسي»: إذا كانت البقعة مشهورة بالوقفية.. جازت الشهادة على الوقفية مطلقاً وإن لم يعرف الشهود وقفيتها إلا بالشهرة، وبهذا الطريق يدوم الوقف. انتهى.

وفي «الخلاصة»: وأما الوقف.. فالصحيح من الجواب: جواز الشهادة على أصل الوقف؛ لأنه يبقى بعد انقضاء قرون، وإنه يشتهر.

لكن شرائط الوقف.. لا تجوز.

وفي «شرح الطحاوي»: الشهادة على الشهرة لا تجوز إلّا في خمسة أشياء:

النسب، والموت، والنكاح، والقضاء، والوقف إذا اشتهر أنه وقف فلان.

حلّ له أن يشهد أن هذا والي بلد كذا وإن لم يعاين العهد، وما سوى ذلك.. لا يجوز الشهادة فيه بالتسامع. انتهى.

وفي «الفتاوى الصغرى»: الشهادة بالشهرة بالنسب وغيره بطريقين:

الشهرة الحقيقية، والحكمية.

فالحقيقية: أن تسمع من قوم كثير لا يتصور تواطؤهم على الكذب، ولا يشترط في هذه العدالة، ولا لفظ الشهادة.

والحكمية: أن يشهد عنده رجلان، أو رجل وامرأتان عدلان بلفظ الشهادة.

وفي الشهادة على الموت.. لا يقولان: سمعنا من إنسان، لكنهما يقولان: دفناه وصلينا عليه حتى تقبل.

ولو شهدوا بالشهرة في هذه الفصول وقالوا: لم نعاين، لكن اشتهر عندنا.. تقبل.

بخلاف ما لو قالوا: نشهد له بالملك؛ لأنا رأيناه يتصرف فيه تصرف الملاك.. لا يقبل. انتهى.

وقال القاضي الإمام في «فتاواه»: إذا شهد الشهود فيما يجوز به الشهادة بالسماع وقالوا: لم نعاين ذلك، ولكنه اشتهر عندنا.. جازت شهادتهم.

ولو قالوا: شهدنا بذلك لأنا سمعنا من الناس.. لا تقبل شهادتهم. انتهى.

بقي الكلام في أصل الوقف وشرائطه؛ ففي «البزازية»: وكل ما تتعلق صحة الوقف وتتوقف عليه.. فهو من أصله، وما لا تتوقف عليه صحته.. فهو من الشرائط.

ونص الفضلي [٢٣٣/أ]: على أن الشهادة بالتسامع لا تصح في الوقف.

واختار الإمام السرخسي جوازه على أصله، لا على شرائطه؛ بأن يقولوا: إنه وقف على المسجد هذا والمعتبرة هذه.

أما إذا لم يذكر ذلك.. لا يقبل.

والمراد من الشرائط: أن يقولوا: إن قدراً من الغلة لهذه، ثم يصرف الفاضل إلى كذا بعد بيان الجهة؛ فلو ذكر هذا في الشهادة.. لا تقبل. انتهى.

وفي «البحر» نقلاً عن «المجتبى»: أن تقبل على شرائط الوقف أيضاً، واعتمده في «المعراج» وقواه في «فتح القدير». انتهى.

قلت: ويؤيد هذا: إطلاق «شرح الطحاوي»، ولم يقيد بأصل الوقف على ما ذكرناه آنفاً.

واعلم: أن قبول الشهادة بالتسامع في الأمور المذكورة كلها استحسان، والقياس: عدم الجواز؛ لأن الشهادة من المشاهدة، وذلك يقتضي المعاينة، والتسامع يخالفه.

ووجه الاستحسان: أن هذه الأمور لو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع.. لأدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام؛ لأنها أمور مختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس،

إِذا أَخبرَهُ بهَا منِ يَثِقُ بِهِ من عَدْلَيْنِ أَو عدلٍ وعدلتين.
وَفِي الْمَوْتِ: يَكْفِي الْعدْلُ وَلَو أُنْثَى، ....

لا يطلع عليها إلا تلك الخواص، وقد يتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون؛ كالإرث في النسب، والموت، والنكاح، وثبوت الملك في القضاء، وكمال المهر، والعدة، وثبوت الإحصان، والنسب في الدخول على الزوجة.

فلو لم تقبل الشهادة بالتسامع فيها.. لأدى إلى تعطيل هذه الأحكام، وهو باطل. بخلاف البيع ونحوه؛ لأنه مما يطلع عليه كل أحد.

فإن قيل: هذا الاستحسان يخالف الكتاب؛ لأنه يقتضي علم الشاهد، ولا علم فيما نحن فيه.

أجيب: بمنع عدم العلم فيما نحن فيه؛ لأن الشاهد فيه إنما يشهد بالاشتهار، وذلك بالتواتر أو بإخبار من يثق به، وذلك يفيد العلم.

(إذا أخبره بها) أي: بالأشياء المذكورة؛ فيه إشارة إلى عدم اشتراط لفظ الشهادة في الإخبار بها لمن يشهد عند القاضي.

وأما في الشهادة عند القاضي.. فلا بد فيها من لفظ الشهادة، وبه صرح في «الخلاصة»؛ فإنه قال نقلاً عن «مختصر القدوري»: إنما يجوز له الشهادة بالتسامع إذا أخبره من يثق به.

ثم قال: فهذا يدل على أن لفظة الشهادة ليست بشرط في الإخبار بها **(من يثق به من عدلين أو عدل وعدلتين)** أشار به: إلى اشتراط العدل، والعدد في الإخبار بها، هذا قول الإمامين.

وعند أبي حنيفة: لا يكفي العدلان، بل لا بد من إخبار العامة؛ بحيث يقع في قلبه صدق الخبر.

ثم شرط العدد: في غير الموت على المختار [٢٣٣/ب]؛ لأن في الموت يكفي الواحد العدل، وإليه أشار بقوله: **(وفي الموت يكفي العدل، ولو)** وصلية **(أنثى،**

وَهُوَ الْمُخْتَار.

وَيشْهدُ من رأى جَالِساً مجْلِسَ الْقَضَاء يدْخلُ عَلَيْهِ الْخُصُومُ: أنَّه قَاضٍ.

وَمن رأَى رجلاً وَامْرَأَةً يسكنانِ مَعاً وَبَينهمَا انبساطُ الْأَزْوَاجِ: أنَّها زَوجته.

وهو المختار)؛ لأنه قلما يشاهده غير الواحد، فيكون في اشتراط العدد فيه نوع حرج.

بخلاف الخمسة الباقية.. فإنها تكون غالباً بين الجماعة، فلا حرج في اشتراط العدد فيها.

وهل يشترط فيه لفظة الشهادة؟

ففي «الخلاصة» و«البزازية»: إنها لا تشترط للمخبر بالموت، وأما في الفصول الباقية من النكاح والنسب وغيرهما.. فيشترط لفظة الشهادة.

(ويشهد من رأى) مفعول يشهد **(جالساً مجلس القضاء، يدخل عليه الخصوم: أنه قاض)** أي: يشهد أنه قاض، وإن لم يعاين تقليد الإمام إياه؛ لحصول العلم به.

(ومن رأى رجلاً وامرأة يسكنان معاً) في بيت **(وبينهما انبساط الأزواج: أنها زوجته)**؛ أي: يشهد أنها زوجته وإن لم يحضر العقد؛ لأنه يحل له أن يشهد بالتسامع.

فإن سأله القاضي: هل كنت حاضراً للعقد؟ فقال: لا.. قيل: تقبل.

وقيل: لا تقبل.

واكتفى رحمه الله بمجرد الرؤية.

وزاد في «الخلاصة» فيه السماع من الناس: أنها زوجته؛ حيث قال: رأى رجلاً يدخل على امرأة وسمع من الناس أن فلانة زوجة فلان.. وسعه أن يشهد وإن لم يعاين النكاح.

ثم قال: الشهادة على النكاح بالشهرة تقبل؛ إذا شهد بعرسه وزفافه، أو أخبره بذلك عدلان: أن هذه امرأته.. حلّ له أن يشهد على البتات: أن هذه امرأة فلان.

وَمن رأى شَيْئاً سوى الْآدَمِيّ فِي يَدِ متصرِّفٍ فِيهِ تصرفَ الْملاكِ: أَنه لَهُ إِن وَقعَ فِي قلبه ذَلِك.

وهل تقبل شهادة من رأى رجلاً وامرأة يسكنان معاً ويعلم معاملتهما معاملة الأزواج: أن هذا الرجل طلق امرأته هذه ثلاثاً من قبل ثلاثة أيام مثلاً، أم لا تقبل؟

وقد تقدم من قبل: أنه إن أخّر الشهادة بلا عذر.. لا تقبل، وإن أخّرها بعذر.. تقبل.

(ومن رأى شيئاً سوى الآدمي في يد متصرف فيه) أي: في ذلك الشيء **(تصرف الملاك أنه له)**؛ أي: يشهد ذلك الرائي: أنه له **(إن وقع في قلبه ذلك)**.

إذا رأى عيناً غير الآدمي في يد رجل، ثم رأى ذلك الرجل يدّعي على رجل آخر ذلك العين الذي رآه قبله في يد الأول، والعين في يد الآخر.. وسعه أن يشهد: بأن ذلك العين للمدعي؛ أعني: الرجل الأول؛ لأن اليد أقصى ما يستدل به على الملك؛ إذ هي مرجع الدلالة في الأسباب كلها ؛ فإن الإنسان وإن عاين البيع مثلاً.. لا يعلم ملك المشتري إلا بملك البائع قبله، وملك البائع لا يعلم إلا باليد، فيكتفى في الدلالة بأقصى ما يستدل به؛ لئلا يلزم انسداد باب الشهادة، هكذا ذكره محمد في «الجامع الصغير».

ولم يقيد بالشرط المذكور [٢٣٤/أ]؛ أعني: قوله: «إن وقع في قلبه ذلك».

وكذا ذكر الخصاف في «أدب القاضي»: مثل ما ذكره محمد، ولم يقيد بذلك الشرط؛ حيث قال: إذا رأى عيناً في يد رجل يتصرف تصرف الملاك.. جاز له أن يشهد أنها له.

وزاد الإمام ظهير الدين في «الأقضية» ذلك الشرط، وقال: إذا رأى شيئاً في يد رجل يتصرف فيه تصرف الملاك، ووقع في قلبه أنه له.. يسعه أن يشهد بالملك، حتى لو رأى درة في يد كناس، أو كتاباً في يد جاهل.. ليس في آبائه من هو أهل لذلك.. لا يحلّ له أن يشهد بالملك له؛ لعدم وقوع العلم في قلبه أنه له.

وهكذا روي عن أبي يوسف، وصححه الإمام «قاضي خان»؛ معللاً: بأن الوقوع في القلب دليل العلم به، فتكون الشهادة عن علم.

وأما الرؤية في يد المتصرف تصرف الملاك.. فليس في مرتبة الوقوع في القلب؛ لأن كلاً من اليد والتصرف يحتمل الإنابة والملك.. فلا يفيد العلم.

وفي «الهداية»: يحتمل أن يكون ما روي عن أبي يوسف تفسيراً لقول محمد، فيكون الشرط المذكور مراداً لمحمد أيضاً، ولهذا ذكره المصنف.

قال في «الخلاصة»: وهذه المسألة على أربعة أوجه:

الأول: إن عاين المالك والملك؛ بأن عرف المالك باسمه ونسبه، وعرف الملك بحدوده ورآه يتصرف تصرف الملاك، ولا يمنعه أحد من ذلك، ويدعي أنه له اشتراه.. فإنه وسعه له أن يشهد بالملك، ولو شهد.. يقبل.

الثاني: أن لا يعرف المالك، ولا الملك، ولكن سمع من الناس قالوا: إن لفلان بن فلان في قرية كذا ضيعة حدها كذا وكذا.. فلا يحل له أن يشهد؛ فلو شهد.. لا تقبل.

الثالث: أن يعاين المالك دون الملك؛ بأن عرف الرجل معرفة تامة، وسمع أن له في قرية كذا ضيعة، وهو لا يعرف تلك الضيعة، ولم يعاين يده عليها.. لا يسعه أن يشهد، ولو شهد.. لا يقبل أيضاً.

الرابع: إذا عاين الملك دون المالك.. يسعه أن يشهد وتقبل لو شهد؛ لأن النسب يثبت بالشهرة والتسامع، فيصير المالك معلوماً بالتسامع والملك معلوم.. فتقبل. انتهى.

فإن قيل: هذه الشهادة تفضي إلى جواز الشهادة بالتسامع في الأموال، وهي باطلة.

أجيب: بأن الشهادة بالنسبة إلى المال ليست بالتسامع، بل بالمعاينة، والتسامع

والآدميُّ إِن عُلِمَ رِقُّهُ أَو كَانَ صَغِيراً لَا يعبّرُ عَن نَفسه.. فَكَذَلِك.

وَلَو فسَّر لِلْقَاضِي: أَنَّه شهدَ بِالتَّسَامُعِ، ....

إنما هو بالنسبة إلى النسب قصداً، وهو مقبول فيه، على ما تقدم، وفي ضمن ذلك يثبت المال، ولا معتبر للتضمينات في الشرع.

(**والآدمي إن علم رقّه أو كان صغيراً لا يعبر عن نفسه.. فكذلك**) يعني: إذا رأى عبداً أو أمة في يد [٢٣٤/ب] شخص.. فلا يخلو:

إما أن يعرف رقهما، أو لا.

فإن كان الأول.. حلّ له أن يشهد أنهما ملك صاحب اليد؛ لأن الرقيق لا يكون في يد نفسه، فيكون في يد غيره.

وإن كان الثاني.. فأما أن يكونا صغيرين لا يعبران عن أنفسهما، أو كبيرين يعبران عن أنفسهما.

فإن كان الأول.. فكذلك؛ لأنه لا يد لهما على أنفسهما.

وإن كان الثاني وهو من يعبر عن نفسه عاقلاً غير بالغ كان أو بالغاً.. فلا يحل له الشهادة؛ لأن اليد في ذلك لا تدل على الملك؛ لأنهما حينئذ في أيدي أنفسهما، وذلك يدفع يد الغير عنهما، حتى إنّ الصبي العاقل إن أقر على نفسه بالرق لغير.. جاز.

وعن أبي حنيفة: أنه يحل له الشهادة فيهما أيضاً؛ اعتباراً بالثياب.

وهكذا عن أبي يوسف ومحمد أيضاً، فجعلوا السيد دليلاً على الملك في الكل.

(**ولو فسر**) أي: الشاهد شهادته (**للقاضي: أنه شهد بالتسامع**)؛ أي: فيما يجوز فيه الشهادة بالتسامع من الأمور المذكورة؛ بأن يقولوا: شهدنا بذلك؛ لأنا سمعناه من الناس.

أَو بمعايِنةِ الْيَدِ.. لَا يقبلُهَا.

بخلاف ما لو قالوا: لم نعاين بذلك، ولكن اشتهر عندنا.. تقبل شهادتهم على ما ذكرناه آنفاً عن القاضي الإمام.

وذكر القاضي الإمام أيضاً: إذا سمع الرجل موت إنسان، وأراد أن يشهد على الموت.. قال أبو حنيفة: إن كان الموت مشهوراً يقع في القلوب أنه حق.. كان له أن يشهد أن فلاناً قد مات، وإن لم يكن موته مشهوراً وأخبره عدل أنه عاين موته أو شهد جنازته.. حل للسامع أن يشهد أن فلاناً مات.

وإن شهد عند القاضي وأخبر أنه إنما يشهد بذلك لأن فلاناً أخبره.. لا يقبل القاضي شهادته في قولهم.

(**أو بمعاينة اليد**) أي: في الأملاك؛ بأن يقول: شهدنا بأن هذا الملك له؛ لأنا رأيناه في يده.

وكذا لو قالوا: رأيناه في يده يتصرف تصرف الملاك (.. **لا يقبلها**)؛ لأن عند هذا التفسير يقع في قلب القاضي شك بخلافه عند إطلاق الشهادة أو تفسيرها بالشهرة؛ بأن يقول: اشتهر عندنا؛ فإنه على كلا التقديرين.. يقع في قلب القاضي صدق الشاهد.

أطلقه؛ فشمل: الوقف وغيره مما يجوز الشهادة فيه بالتسامع من الأشياء المذكورة.

قلت: إنه في غير الوقف اتفاقي.

وأما في الوقف.. فقد جوّزوها، ولو مفسراً؛ كما صرح به في الفصل العاشر من «العمادية»؛ حيث قال: وتقبل الشهادة على الشهادة في الوقف، وكذا شهادة الرجال مع النساء، وكذا الشهادة بالتسامع.. تقبل وإن صرحا بالتسامع؛ لأن الشاهد ربما يكون سنه عشرين وتاريخ الوقف مائة سنة، فيتيقن القاضي أنّ الشاهد شهد بالتسامع لا بالعيان؛ فإذاً لا فرق بين السكوت والإفصاح [٢٣٥/أ].

وَمن شهدَ أَنَّهُ حضرَ دفنَ زيدٍ أَو صلّى عَلَيْهِ.. قُبِلَتْ، وَهُوَ عِيانٌ.

فلو أنهما شهدا بالتسامع وقالا: نشهد بالتسامع.. تقبل شهادتهما.

بخلاف غير الوقف مما يجوز فيه الشهادة بالتسامع؛ فإنهما إذا صرحا بالتسامع في شهادتهما في غير الوقف.. لا يجوز. انتهى.

وهكذا في الثالث عشر من «الفصولين»: وهل تؤخذ الدار المدعاة للوقف بهذه الشهادة من يد ذي اليد؟

أفتى مشايخ الإسلام: بأن تصرف ذي اليد بتلك الدار إن كان مستنداً إلى سبب شرعي من أسباب الملك.. لا تؤخذ من يد ذي اليد، وإلا.. تؤخذ.

فإن قيل: فإذا لم تؤخذ من يده.. فما فائدة قبول تلك البينة على وقفيتها؟

قلت: فائدته: تظهر في محلين:

أحدهما: أنه إذا زال مستند ذي اليد بوجه.. تؤخذ الدار للوقف.

والثاني: أن ذا اليد إذا مات بلا وارث.. تؤخذ الدار للوقف لا لبيت المال.

(**ومن شهد أنه حضر دفن زيد أو صلى عليه.. قبلت**).

وإن فسرها للقاضي بأن قال: كنت حاضراً دفنه وصليت على جنازته (**وهو**) أي كل واحد من الحضور والصلاة (**عيان**) فكأنه قال: عاينت موته.

* * *

(بَابُ مَن تُقبلُ شَهَادَتُهُ وَمَن لَا تُقبلُ)

(بَابُ مَنْ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ وَمَنْ لَا تُقْبَل)

لما فرغ من بيان ما تسمع فيه الشهادة وما لا تسمع فيه.. شرع في بيان ما تسمع منه وما لا تسمع منه، وقدم ذلك على هذا؛ لأنه محل الشهادة، والمحال شروط، والشروط مقدمة على المشروط.

واعلم: أن الأصل في عدم سماع الشهادة وردّها: هو التهمة؛ لقوله ﷺ: «لا شهادة لمتهم»، ولأنها خبر يحتمل الصدق والكذب، وحجته ترجح جانب الصدق فيه، وبالتهمة لا يترجح.

والتهمة قد تكون لمعنى في الشاهد:

- كتذيب نفسه كمن ادعى لنفسه شيئاً، ثم شهد أنّ ذلك لفلان المدعي.

وكمن أقر أنه لزيد، ثم شهد أنه لعمرو.. فإن في هاتين الشهادتين تكذيباً لنفسه، فلا تقبل، كما ذكره في الفصل الثاني من شهادة «الخلاصة»؛ فإنه قال في نوع التناقض نقلاً عن «الأجناس»: رجل ادعى داراً وأقام البينة، فأبطل القاضي بينته، ثم جاء بعد عشرين سنة فشهد أنها لآخر.. فشهادته باطلة.

وكذا لو قال: هذه الدار لفلان لا حق لي فيها إنها لفلان آخر.. لا تقبل. انتهى.

فعلم منه [... ...][1] شهد على فلان ما ادعاه أو لا.. لا تقبل شهادته.

قيل: لا تقبل شهادة الدائن لمديونه المفلس، كما في «القنية»؛ حيث قال رامزاً إلى «المحيط»: ولا تقبل شهادة رب الدين لمديونه إذا كان مفلساً.

ثم قال رامزاً إلى شمس الأئمة الحلواني: إنها مقبولة وإن كان المديون مفلساً.

---

(١) بياض في المخطوط بمقدار كلمتين لم أتبين ما هو.

هذا فيما إذا كان المديون حياً، وأما إذا كان ميتاً.. فلا تقبل، كما في [٢٣٥/ب] «القنية»؛ حيث قال: رب الدين إذا شهد لمديونه بعد موته بمال.. لا تقبل؛ لتعلق حقه بالتركة.

وكذا [الموصى له] بألف مرسلة [أو شيء بعينه][1]؛ لا تقبل شهادته؛ لأنه [يزداد به] محل وصية أو سلامة عينه.

• **وكالفسق**؛ فإن من لا ينزجر عن غير الكذب من محظورات دينه.. فقد لا ينزجر عنه فكان متهماً بالكذب.

• **وكجر المغنم إلى نفسه وكدفع المغرم عن نفسه**؛ كشهادة بعض أهل المحلة على بعض في القتل، كما سيأتي في باب القسامة.

وقد تكون لمعنى في المشهود له من قرابة يتهم بها بإيثار المشهود له على المشهود عليه كالولاد.

وقد تكون لخلل في أداة التمييز؛ كالعمى المفضي إلى تهمة الغلط فيها.

وقد تكون بالعجز عما جعله الشرع دليل صدقه؛ كالمحدود في القذف، كذا في «العناية».

ولا يخفى عليك أن سبب رد شهادة الصبيان والمجانين والمعتوه والنساء وحدها والرقيق.. راجع إلى الخلل في أداة التمييز كالعمى.

أما فيما عدا الرقيق.. فظاهر.

وأما في الرقيق: فلأن خدمة المولى مانعة عن كمال الضبط والحفظ، وهو شرط أهلية الشهادة؛ مثل العقل الكامل، ولأنه لا ولاية في الرقيق، وعدم الولاية يخل في التمييز، فيكون متهماً بتهمة الغلط.

---

(١) بياض في المخطوط، تم استدراكه من مخطوط «القنية» (٣١٠).

لَا تُقبلُ شَهَادَةُ الْأَعْمَى، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ فِيمَا إِذا تحمّلهَا بَصيراً.

وبقي الكلام في الشهادة على النفي، وإنما لا تسمع لمعنى في نفس الشهادة .. فإنها شرعت للإثبات لا للنفي، وهذا أصل يبتنى عليه الفروع.

وفي «الخلاصة» و«البزازية»: ستة عشر لا تقبل شهادته: العبد، والمكاتب، والمدبر، وأم الولد، والمحدود في القذف وإن تاب عندنا، والشريك لشريكه فيما هو فيه شريك، والمفاوض، والذي يجر إلى نفسه بشهادته مغنماً، والشهادة على النفي، وشهادة أهل الكفر على المسلم، وشهادة المولى لمأذونه، ومكاتبه، وشهادة الأعمى، والخنثى المشكل لو شهد مع رجل أو امرأة، ولو شهد مع رجل وامرأة تقبل.

وتكلموا في الفسق الذي يمنع الشهادة.

واتفقوا: على أن الإعلان بالكبيرة يمنع الشهادة.

وفي الصغائر: إذا كان معلناً نوع فسق مستشنع يسميه الناس بذلك فاسقاً مطلقاً.. لا تقبل شهادته أيضاً.

وإن لم يكن كذلك؛ إن كان صلاحه أكثر من فساده، وصوابه أغلب من خطئه ويكون سليم القلب.. تقبل شهادته؛ لأن غير المعصوم لا يخلو عن قليل ذنب، فيعتبر فيه الغالب.

وعن أبي يوسف: إن كان الفاسق وجيهاً ذا مروءة.. جازت شهادته؛ لأن مثله لا يكذب.

(**لا تقبل شهادة الأعمى**)؛ لاحتمال الغلط لخلل في أداة التمييز.

(**خلافاً لأبي يوسف فيما إذا تحملها بصيراً**).

واعلم [٢٣٦/أ]: أن شهادة الأعمى؛ إما أن تكون في الحدود والقصاص، أو لا.

فإن كان الأول.. فلا تقبل بالاتفاق.

وإن كان الثاني؛ فإما أن يكون مما يجري فيه التسامع كالنسب والموت وغيرهما أو لا.

فإن كان الأول.. قبلت عند زفر، واختاره بعض أصحابنا كصاحب النصاب على ما في «الخلاصة» و«البزازية»، وهو رواية ابن شجاع عن أبي حنيفة.

وإن كان الثاني؛ فإن كان بصيراً وقت التحمل والمشهود به غير منقول.. قبلت عند أبي يوسف والشافعي، وإنِ انتفى أحدهما.. لم تقبل بالاتفاق، وهذا؛ لأن الشهادة لها ثلاث أحوال:

حالة التحمل، وحالة الأداء، وحالة القضاء.

فأبو يوسف: اعتبر حالة التحمل.

وأبو حنيفة ومحمد: اعتبرا الحالات الثلاث كلها.

فإذا وجد العمى حالة التحمل.. لم تقبل بالاتفاق.

وإن وجد البصير المبصر حالة التحمل، ثم عمي عند الأداء.. تقبل عند أبي يوسف، لا عندهما.

ثم وجه عدم قبولها في الحدود والقصاص.. فلأنها تندرئ بالشبهات، وشهادة الأعمى مما فيه شبهة؛ لأن الصوت والنغمة المسموعة في حق الأعمى تقام مقام المعاينة، والحدود لا تثبت بما يقوم مقام الغير.

وأما وجه قول زفر: فهو أن الحاجة فيه إلى السماع، ولا خلل فيه.

وأجيب: بأن من لا تقبل شهادته فيما لا يجري فيه التسامع.. لا تقبل أيضاً فيما يجري فيه التسامع كالصبي والمجنون.

وأما وجه أبي يوسف والشافعي: فهو أن العلم بالمعاينة حصل عند التحمل، فصح تحمله.

ثم الأداء؛ إما أن يكون بالقول، ولا خلل في القول؛ لأن لسانه سالم، وكان المقتضي لصحة التحمل: الأداء، والأداء موجود؛ إذ المانع وهو عدم التعريف منتف؛

وَلَا شَهَادَةُ الْمَمْلُوكِ ....

لأن التعريف يحصل بالنسبة، فصار كالشهادة على الميت؛ فإنه إذا شهدا على الميت بأن لفلان عليه كذا من الدين.. فإنها تقبل بالاتفاق إذا ذكرا النسبة إلى الجد.

وقيل: تكفي النسبة إلى الأب.

والمختار: هو الأول.

وأجيب عنه: بأنا لا نسلم أن القول مستبد بتحصيل الأداء، بل الأداء مفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه، ولا يميز الأعمى إلا بالنغمة، وفي النغمة شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود؛ فإن الشهود البصراء كثيرة، وفيهم غنية عن شهادة الأعمى.

وأما وجه أبي حنيفة ومحمد: فهو أن شرط القضاء قيام أهلية الشهادة وقت القضاء لصيرورة الشهادة حجة عنده، ولا قيام لها بالعمى وقت القضاء، فصار كما إذا خرس أو جنّ أو فسق؛ فإنهم أجمعوا على أن الشاهد إذا خرس أو جن أو ارتد [٢٣٦/ب] بعد الأداء أو قبل القضاء.. لا يقضي القاضي بشهادته.

كما أنهم أجمعوا أن الموت والغيبة بعد الأداء قبل القضاء لا تمنع القضاء.

والأصل ههنا: أن كل ما يمنع الأداء.. فهو يمنع القضاء أيضاً؛ لأن المقصود من أدائها: القضاء، وهذه الأشياء تمنع الأداء بالإجماع، فيمنع القضاء أيضاً.

والعماء بعد التحمل يمنع الأداء عندهما، فيمنع القضاء أيضاً، وعند أبي يوسف: لا يمنع الأداء.. فلا يمنع القضاء، كذا قالوا.

قلت: وهذا يشبه أن يكون النزاع لفظياً.

(**ولا شهادة المملوك**) أي: لمولاه ولغيره، وهذا لما فيه من الخلل في شرط أهلية الشهادة؛ أعني: كمال الضبط؛ لاشتغاله بخدمة مولاه، ولأن الشهادة بينة على الولاية الكاملة، وليس للمملوك ولاية قاصرة، فضلاً عن الولاية المتعدية إلى الغير.

وَالصَّبِيّ، إِلّا إن تحمّلا حَالَ الرّقِّ والصغرِ وأدّيا بعدَ الْعتْقِ وَالْبُلُوغِ.

وَلَا شَهَادَةُ الْمَحْدُودِ فِي قذفٍ وإِنْ تَابَ، ....

أطلقه، فشمل: القن، والمكاتب، والمدبر، وأم الولد، على ما في «الخلاصة» و«البزازية».

وفي «البحر»: ومعتق البعض والمعتق في المرض.. كالمكاتب في زمن سعايته؛ إذا لم يخرج من الثلث.. لا تقبل شهادته.

وكذا المدبر بعد موت مولاه إذا لم يخرج من الثلث.. كالمكاتب عند أبي حنيفة في زمن سعايته، لا تقبل شهادته.

وحر مديون عندهما، فتقبل شهادته.

(**والصبي**) لما ذكرناه من الخلل في كمال الضبط؛ لعدم العقل الكامل فيه، ولقصور ولايته.

(**إلا إن تحملا حال الرق**)، بخلاف ما لو تحملها حال الحرية، ثم صادف أداؤها حال الرق .. فإنها لا تقبل.

(**والصغر وأديا بعد العتق والبلوغ**).. فإنها مقبولة، سواء شهدا قبل العتق والبلوغ فردت شهادتهما، ثم شهدا في تلك الحالة أيضاً بعد العتق والبلوغ، أو لم يشهدا أصلاً بعد التحمل، أو شهدا ولم ترد ثم شهدا أيضاً.. فإنها مقبولة في الصور الثلاث؛ لصيرورة الأهلية بالولاية والضبط الكامل وقت الأداء.

(**ولا شهادة المحدود في قذف**)؛ لعجزه عما جعل الشرع دليل صدقه؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ﴾.

وأشار رحمه الله إلى ما في «المبسوط»: أنه لا تسقط بشهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد؛ لأن ما دونه ليس بحد، بل تعزير، وهو لا يسقط الشهادة.

وعن أبي حنيفة: أنها تسقط إذا أقيم عليه الأكثر، وعنه: إذا ضرب سوطاً.

(**وإن**) وصلية (**تاب**)؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾، ولأن ضمير «لهم»

راجع إلى المحدودين في القذف، وبالتوبة لم يخرج عن كونه محدوداً في قذف، ولأن رد الشهادة من تمام الحد؛ لكونه مانعاً عن القذف كالجلد، فيبقى بعد التوبة كأصله [٢٣٧/أ]؛ لأن الجلد لا يسقط بالتوبة، فكذا ما هو من تمامه.

فإن قيل: المحدود في القذف فاسق؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡفَٰسِقُونَ﴾، والفاسق إذا تاب.. تقبل شهادته كالمحدود في غير القذف.

أجيب: بأن الشهادة إن ردت للفسق كالمحدود في غير القذف.. قبلت بالتوبة، وإلا.. فلا؛ كالمحدود في القذف؛ فإنها ردت فيه لكونها من تمام الحد، لا للفسق، كذا في «العناية».

وفيه نظر؛ لأن المصرح في «الخلاصة» و«البزازية»: أن من ردت شهادته لفسقه، ثم تاب وشهد.. لا تقبل.

والجواب: أن مراد صاحب «العناية»: أنها تقبل في غير ذلك الحادثة.

والمراد بما في «الخلاصة» و«البزازية»: أنها لا تقبل في تلك الحادثة.. فلا منافاة.

وقال الشافعي: تقبل بالتوبة؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ﴾؛ فإنه استثنى التائب، وهو ينصرف إلى الجميع.

قلنا: إنه ينصرف إلى ما يليه، وهو قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡفَٰسِقُونَ﴾، وهو ليس بمعطوف على ما قبله؛ لأنه إخباري، وما قبله طلبي، والاستثناء منقطع على ما في الأصول.

وقال في «البحر»: لو أقام القاذف أربعة شهداء بعدما حدّ على أنّ المقذوف زنى.. قبلت شهادته بعد التوبة. انتهى.

فعلى هذا: لو قال المصنف: «إن لم يقم بينة على صدقه».. لكان أولى.

وإنما قيد بقوله: «على أنه زنى»؛ لأنه لو أقام بينة على إقرار المقذوف بالزنا..

إِلّا إِن حُدَّ كَافِراً ثُمَّ أَسلَمَ.

لا يشترط أن يكونوا أربعة، بل يكفي اثنان؛ لما في «فتح القدير» من باب حد قذف: فإن شهد رجلان أو رجل وامرأتان على إقرار المقذوف بالزنا.. يدرأ الحد عن القاذف؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة.

(**إلا إن حدّ كافراً**) أي: لا تقبل شهادة المحدود في قذف في حال من الأحوال، إلا حال كونه حدّ كافراً (**ثم أسلم**)؛ فإنه حينئذ تجوز شهادته؛ لأن الإسلام حدّ ثبت له شهادة مطلقة.

توضيحه: أن الكافر إذا قذف كافراً أو مسلماً، وحُدَّ في قذف.. لم تجز شهادته بعد ذلك على الكافر.

فإذا أسلم.. جازت شهادته مطلقاً، على المسلم وعلى الكافر؛ لأن للكافر شهادة على مثله، ومن له ذلك وحدّ في قذف.. كان ردّ شهادته من تتمة حدّه، فلا تقبل شهادته على مثله، وبالإسلام حدثت له شهادة مطلقة غير الأولى؛ لأن الإسلام ماح للذنوب، ومطلق للأحكام، فلا يكون الرد من تمامه.

بخلاف العبد إذا حدّ في القذف ثم أعتق؛ حيث لم تقبل شهادته؛ لأنه لم تكن له شهادة إلا ما كان بعد العتق، فجعل ردّها من تمام حده.

فإن قيل: ما الفرق بين مسلم زنى في دار الحرب فخرج إلى دار الإسلام [٢٣٧/ب]، وبين العبد إذا حد في القذف؛ حيث جعل القذف قائماً في حقه إلى حصول أهلية الشهادة، ولم يجعل الزنا قائماً إلى حصول نفوذ الولاية؟

أجيب: ببيان الفرق بينهما: بأن الزنا لم ينعقد موجباً في دار الحرب للحد؛ لانقطاع ولاية الإمام، فلا ينقلب موجباً، والقذف موجب في حق الأصل، فيوجب الوصف عند إمكانه.

إنما قال: «حد كافراً»؛ لأنه إذا قذف مسلماً، ثم أسلم فحد في حال إسلامه.. لم تقبل شهادته.

وَلَا الشَّهَادَةُ لأصله وإِنْ علا، وفرعِهِ وَإِن سفلَ ....

بخلاف ما لو حدَّ قبل الإسلام، ثم أسلم.. فإنه قبلت شهادته، ولهذا قيد الحدّ بحال كفره.

أطلق الحد في قوله كافراً، فشمل: ما إذا حد تماماً أو بعضاً، حتى إذا ضرب سوطاً قبل إسلامه فأسلم، ثم ضرب الباقي بعد إسلامه.. تقبل شهادته؛ لأن ما يوجد بعد إسلامه ليس بحدّ، بل تعزيز.. فلا يترتب عليه رد الشهادة.

وعن أبي حنيفة: إذا ضرب السوط الأخير بعد الإسلام.. لا تقبل شهادته؛ لأن الحكم إذا تعلق بعلة ذات أجزاء.. تعلق بالجزء الأخير.

وعنه أيضاً: إذا ضرب الأكثر بعد الإسلام.. لا تقبل.

واعلم: أنهم قالوا: متى ردت الشهادة لعلة، ثم زالت تلك العلة.. لا تقبل؛ إلا في أربعة مواضع:

أحدها: عبد تحمل الشهادة وردت شهادته، ثم عتق فشهد في تلك الحادثة.. تقبل إن كان عدلاً.

والثاني: كافر شهد ما تحمله على مسلم فردت شهادته، ثم أسلم فشهد له فيه.. تقبل.

الثالث: الأعمى إذا شهد فردت شهادته، ثم صار بصيراً فشهد فيه.. تقبل.

الرابع: الصبي إذا شهد في حادثة فردت، ثم بلغ فشهد فيها.. تقبل.

والمصنف أشار إلى هذه المستثنيات، إلا الثالث.

(**ولا الشهادة لأصله**)، ولو كان الأصل هو الزاني؛ لأن الوالد من الزنا لا تقبل شهادته للزاني وإن لم يثبت نسبه منه؛ كما في كتاب الزكاة من «الأشباه».

(**وإن علا، وفرعه وإن سفل**)، وإن كانت شهادته لذلك الفرع ضمناً، على ما نذكره في آخر الباب.

وَعَبدِهِ ومكاتبِهِ، وَمن أحدِ الزَّوْجَيْنِ للْآخر، ....

(وعبده ومكاتبه، و) لا **(من أحد الزوجين للآخر)**، ولو كانت الزوجة معتدة من بائن، على ما في «الخلاصة» نقلاً عن الخصاف.

وهكذا في حضانة «الدرر».

بخلاف ما لو انقضت عدتها، ثم شهد لها بما تحمل لها وقت النكاح.. فإنها تقبل.

وكذا شهادة المرأة له لا تجوز في العدة، وتجوز بعدها.

والأصل فيه: ما رواه عروة عن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ قال: «لا تقبل شهادة الولد لوالده، ولا الوالد لولده، ولا المرأة لزوجها، ولا الزوج لامرأته، ولا العبد لسيده، ولا المولى لعبده، ولا الشريك لشريكه، ولا الأجير لمن استأجره».

ولأن المنافع بين الأصول [٢٣٨/أ] والفروع متصلة، حتى لا يجوز دفع الزكاة إليهم.

واتصالها يوجب كون الشهادة لنفسه من وجه.

وكذا الاتصال بين المولى وعبده، وبين الزوج وامرأته، فيكون متهماً في شهادته بجر النفع لنفسه. فلا تقبل.

وقال الشافعي: شهادة أحد الزوجين للآخر جائزة.

والحجة عليه: ما روينا وما ذكرنا.

وقال في «فتح القدير»: ولو شهد أحد الزوجين للآخر في حادثة فردت، فارتفعت الزوجية، فأعاد تلك الشهادة.. تقبل.

ورده في «البحر» وقال: إنه سهو منه.

وأشار بقوله: «لأصله» إلى أن الشهادة على أصله وعلى فرعه جائزة كما ذكروه، واستدلوا عليه بمسائل:

منها: ما في «الولوالجية»: ويجوز شهادة الابن على أبيه بطلاق امرأته إذا لم تكن لأمه، ولا لضرتها.

ومنها: ما ذكره في «البحر» نقلاً عن «الجامع الكبير»: رجل يشهد عليه بنوه أنه طلق أمهم ثلاثاً، وهو يجحد؛ فإن كانت الأم تدعي الطلاق.. فشهادتهم باطلة، وإن كانت تجحد.. فالشهادة جائزة؛ لأنها إذا كانت الأم تدعي الطلاق.. كانت الشهادة لأمهم، فلا تقبل، وإن كانت تجحد.. كانت الشهادة على أمهم، فتقبل.

ورد هذا: بأن الشهادة على الطلاق لا تتوقف على الدعوى، بل تقبل بلا دعوى، حسبة، كما تقدم، فكان وجود الدعوى وعدمها على السواء، فتقبل فيها.

وأجاب عنه في «البزازية»: بأن الشهادة على الطلاق وإن كانت حق الله تعالى.. لكن [فيها حقها أيضاً].

ومنها: ما في «البحر» أيضاً عن «الجامع الكبير»: رجل طلق امرأته قبل الدخول، ثم تزوجها، فشهد ابنان أنه طلقها في المرة الأولى ثلاثاً، ثم تزوجها بلا تحليل.. تقبل.

ومنها: ما في «البحر» أيضاً: يشهد ابنان على الأب أنه خلع امرأته على صداقها؛ فإن كان الأب يدعي.. لم تقبل؛ دخل بها أو لم يدخل، وإلا.. تقبل؛ ادّعته أو لا.

ثم اختلفوا في الأجير المذكور فيما روينا، فقال صاحب «الهداية»: المراد به، على ما قال المشايخ: هو التلميذ الخاص، الذي يعد ضرر أستاذه ضرر نفسه، ونفع أستاذه نفع نفسه.

وقيل: التلميذ الخاص ليس ما ذكر، بل هو الذي يأكل معه، وفي عياله، وليس له أجرة معلومة.

وقيل: المراد بالأجير: هو الأجير مسانهة أو مشاهرة، وهو الأجير الوحيد،

فيستوجب الأجر بمنافعه، وأداء الشهادة من جملة منافعه، فيصير كالمستأجر عليها، فيتهم بجر المنافع، وهو الاستحسان.

والقياس: قبول شهادته؛ لكونها شهادة عدل، ولهذا أجاز شهادة [٢٣٨/ب] الأستاذ له، ووضع الزكاة فيه، لكن الاستحسان حجة يترك بها القياس.

وأما شهادة الأجير المشترك.. فمقبولة؛ لأن منافعه غير مملوكة لأستاذه، ولهذا: له أن يؤجر نفسه من غيره في مدة الإجارة، كذا في «الهداية» و«العناية».

وهكذا ذكره في «الخلاصة»، ثم قال: ولو شهد عند القاضي ولم يكن أجيراً وقت الأداء، ثم صار أجيراً قبل أن يقضي القاضي؛ فإن أبطل شهادته فيها؛ فإن لم يبطل شهادته حتى بطلت الإجارة، ثم أعاد الشهادة.. جاز؛ كالمرأة إذا طلقها قبل أن ترد شهادته، ثم أعاد.. جاز.

وقال في «قاضي خان»: إذا شهد الأمير لأستاذه، وهو أجير شهر، فلم يرد شهادته ولم يبدل حتى مضى الشهر، ثم عدل.. لا تقبل شهادته؛ لأن شهادته لم تكن مقبولة.. فلم تصر مقبولة؛ كمن شهد لامرأته، ثم طلقها قبل التعديل.. لا تقبل شهادته.

وإن شهد ولم يكن أجيراً، ثم صار أجيراً قبل القضاء.. بطلت شهادته؛ لأن قيام الشهادة إلى وقت القضاء شرط لجواز القضاء، وهو كما لو شهد وهو عدل ففسق قبل القضاء.

ولو أن القاضي لم يرد شهادته وهو غير أجير، ثم صار أجيراً ومضت مدة الإجارة.. لا يقضى بتلك الشهادة وإن لم يكن أجيراً عند الشهادة ولا عند القضاء؛ لأن اعتراض الإجارة على الشهادة أبطل الشهادة.

ولو أن القاضي لم يبطل شهادته ولم يقبل، فأعاد الشهادة بعد انقضاء مدة الإجارة.. جازت شهادته الثانية. انتهى.

وَلَا الشَّرِيكِ لشَرِيكه فِيمَا هُوَ مِن شَرِكَتِهما.

وَلَا شَهَادَةُ المخنَّثِ الَّذِي يفعلُ الرَّدِيءَ، ....

والوكيل ومشرف القرية: كالأجير المشترك.

ولا تقبل شهادة الوصي للصبي بعد العزل.

ولو شهد للورثة الكبار.. تقبل وإن كان في حال الوصاية؛ كذا في «الخلاصة».

(**ولا الشريك**) أي: ولا شهادة الشريك (**لشريكه فيما هو من شركتهما**)؛ لما رويناه وذكرناه من تهمة جر المنافع لنفسه.

بخلاف ما لو شهد فيما ليس من شركتهما.. فإنها تقبل؛ لعدم التهمة.

قيل: هذا في شركة العنان، وأما إذا كانا شريكين مفاوضين.. فلا تقبل شهادة أحدهما للآخر أصلاً، إلا في الحدود والقصاص والنكاح؛ لأن ما عدا هذه الثلاثة مشترك بينهما، فيكون متهما بجر النفع إلى نفسه، كذا في «النهاية» و«العناية».

وزاد في «فتح القدير» على هذه الثلاثة: الطلاق والعتاق وطعام أهله وكسوتهم.

وتعقبه في «الزيلعي» وقال: وهذا سهو من صاحب «النهاية»؛ فإنه لا يدخل في الشركة إلا الدراهم والدنانير، ولا يدخل فيه العقار والعروض، ولهذا قالوا: لو وهب لأحدهما مال غير الدراهم والدنانير.. لا تبطل الشركة؛ لأن المساواة فيه ليس [٢٣٩/أ] بشرط. انتهى.

قد تقدم في الشركة: أن الفلوس النافقة مثل الدراهم والدنانير في كونها مال الشركة.

(**ولا شهادة المخنث**) بفتح النون وكسرها مشددة على ما في «البحر»، وهو: (**الذي يفعل الرديء**)؛ من التشبه بالنساء في كلامه وتزيينه والتمكين من الرجال عمداً وغير ذلك .. فإنها معصية وفسق، فلا تقبل شهادته؛ لقوله ﷺ: «لعن الله المؤنثين من الرجال، والمذكرات من النساء».

والنائحةِ، والمغنِّيَةِ، والعدوّ بِسَبَبِ دنيا على عدوِّهِ، ....

وأما إذا كان في كلامه لين، وفي أعضائه تكسر ولم يشتهر منه شيء من الأفعال الرديئة.. فهو مقبول الشهادة.

(و) لا شهادة (**النائحة**) أي: في مصائب الناس، ولو بلا أجر؛ لارتكابها الحرام طمعاً في المال.

وأما النائحة في مصيبة نفسها.. فتقبل شهادتها، على ما صرح به في «البحر»، وذلك لعدم طمعه في المال، بل لدفع وحشته.

(**والمغنية**)، قال في «العناية»: والتغني للهو معصية في جميع الأديان.

ثم قال في «الزيادات»: إذا أوصى بما هو معصية عندنا وعند أهل الكتاب... وذكر منها: الوصية للمغنين والمغنيات؛ خصوصاً إذا كان الغناء من المرأة.. فإن نفس رفع الصوت منها حرام، فضلاً عن ضم الغناء إليه. انتهى.

ولهذا: أي: ولكون مطلق التغني حراماً من المرأة.. لم يقيد هنا بقوله: «للناس»، بل أطلقه وقيد به فيما ذكر من بعد هذا في غناء الرجل؛ حيث قال ثمة: «أو يغني للناس».

ثم الأصل فيها: ما روي أن النبي ﷺ نهى عن الصوت الأحمقين؛ النائحة والمغنية، وصف الصوت بصفة صاحبه.

(و) لا شهادة (**العدو بسبب دنياه على عدوه**)؛ لأن العداوة الدنيوية حرام تزيل العدالة، بخلاف العداوة الدينية .. فإنها تدل على قوة دينه.

أشار رحمه الله: إلى أن نفس العداوة الدنيوية تمنع قبول الشهادة، ولكنه قال في «القنية»: لا يجوز شهادة رجل على رجل بينهما عداوة في شيء من أمور الدنيا، وإذا كان بسبب شيء من أمر الدين.. تقبل.

ومدمنِ الشُّرْبِ على اللَّهْوِ، ....

قال أستاذنا: وجواب «عك»[1] يشير إلى أن نفس العداوة بسبب الدنيا لا تمنع قبول الشهادة، ما لم يفسق لسببها، أو يجلب بتلك منفعة، أو يدفع عن نفسه مضرة، وهو الصحيح وعليه الاعتماد.

وما في «ط»[2] و«الواقعات»: اختيار المتأخرين، وأما الرواية المنصوصة.. فبخلافها.

وفي «كنز الرؤوس»: شهادة العدو على عدوه تقبل.

وقال الشافعي: لا تقبل.

لنا: أن العداوة إن كانت قادحة في الشهادة.. وجب أن تكون قادحة في حق الكل؛ كالفسق أي: في حق عدوه وغيره، وإلا.. فتقبل، وهكذا أطلق في «خزانة الفقه».

وذكر في «شرح السنة» [٢٣٩/ب] و«معالم السنن» على مذهب الشافعي: لا تقبل شهادة العدو على عدوه؛ لأنه متهم.

وقال أبو حنيفة: تقبل إذا كان عدلاً.

قال أستاذنا: وهو الصحيح، وعليه الاعتماد، أنه إذا كان عدلاً.. تقبل شهادته وإن كان بينهما عداوة بسبب أمر الدنيا. انتهى.

فعلى هذا: ما ذكر في المتن وغيره خلاف الصحيح من الرواية.

(**ومدمن الشرب على اللهو**)؛ أي: المداوم على شرب شيء من الأشربة المحرمة؛ خمراً كانت أو غيرها؛ مثل: السكر ونقيع الزبيب والمنصف.

وشرط الإدمان ليظهر ذلك عند الناس؛ فإن المتهم بشرب التمر في بيته سرّاً.. مقبول الشهادة وإن كانت كبيرة. كذا في «العناية».

---

(١) «عك» هو رمز عين الأئمة الكزباسي، والمسألة في مخطوط «القنية» (٣٠٨-٣٠٩).

(٢) «ط» هو رمز «المحيط».

وَمن يلْعَبُ بالطُّيورِ، أَو بالطُّنبورِ، أَو يُغنِّي للنَّاسِ، ....

وقال في «قاضي خان»: إن من اتهم بشرب الخمر في بيته.. لا تبطل عدالته وإن كانت كبيرة، وإنما تبطل إذا أظهر ذلك أو خرج من بيته سكران يتسخر منه الصبيان؛ لأن مثله لا يحترز عن الكذب. انتهى.

وقال في «البحر» نقلاً عن «النهاية»: لا يجوز شهادة مدمن الخمر، ثم قال: شرط الإدمان، ولم يرد به الإدمان في الشرب، وإنما أراد به الإدمان في النية؛ يعني: يشرب ومن نيته أن يشرب بعد ذلك إذا وجده. انتهى.

والمشهور: ما فسرنا.

(و) لا شهادة (من يلعب بالطيور)؛ لأنه يورث غفلة لا يؤمن بها على الإقدام على الشهادة مع نسيان بعض الحادثة.. فلا تقبل شهادته.

وقد صرح في «قاضي خان»: أن من اشتد غفلته.. لا تقبل شهادته، ولأنه مصر على نوع لعب، والإصرار عليه كبيرة، ولأنه قد يقف على عورات النساء بالصعود على سطحه ليطير طيره، وذلك فسق.

وأما إذا كان يستأنس بالحمام في بيته.. فهو عدل مقبول الشهادة، إلا إذا خرجت من بيته .. فإنها حينئذ تأتي بحمامات غيره، فتفرخ في بيته، وهو يأكل ويبيع، ولا يعرفه من حمامة نفسه، فيكون آكلاً للحرام، وبه تسقط عدالته، كذا في «العناية».

(أو بالطنبور) بالضم: آلة اللهو معروف، ويدخل فيه سائر آلات اللهو، (أو يغني للناس) أي: اللهو مع آلة أو لا.

قيده «بالناس»؛ لأنه لو كان غناؤه لنفسه لدفع وحشته.. لا بأس به عند عامة المشايخ.

ومنهم من كره ذلك أيضاً.

ولهذا لم يكتف بذكر المغنية، بل أفرده بالذكر بعد ذكرها؛ لأنها مطلقة على ما عرفت، وهذا مقيد كما ترى.

أَو يلْعَبُ بالنَّرْدِ، أَو يقامِرُ بالشّطرَنجِ أَو تفوتُهُ الصَّلَاةُ بِسَبَبِهِ، ....

وعلل صاحب «الهداية» عدم قبول شهادة من يغني للناس: بأنه يجتمع الناس على ارتكاب كبيرة.

وقال في «البحر»: وظاهره: أن الغناء كبيرة وإن لم يكن للناس، بل لإسماع نفسه لدفع وحشته، وهو قول شيخ الإسلام؛ فإنه قال بعموم المنع.

والعجب من صاحب [٢٤٠/أ] «الكافي» أنه علل المسألة بما علل به في «الهداية» وجوز الغناء إذا كان لإسماع نفسه لإزالة وحشته. انتهى.

قلت: كون ما ذكره ظاهر كلام «الهداية» ممنوع.

(**أو يلعب بالنرد**)؛ فإن مجرد اللعب بالنرد مع قطع النظر عن مقارنة القمار أو تفويت الصلاة وإكثار الإيمان الكاذبة.. مسقط للعدالة على ما في «الذخيرة»؛ لقوله ﷺ: «ملعون من لعب بالنرد».

(**أو يقامر بالشطرنج**)، القمار: أن يأخذ من صاحبه شيئاً في اللعب.

(**أو تفوته الصلاة بسببه**) أي: بسبب لعب الشطرنج.

لعب الشطرنج: بدون انضمام أحد الأمور الثلاثة: القمار، وتفويت الصلاة، وإكثار الإيمان الكاذبة، بسبب اشتغاله به.. ليس بفسق مانع عن الشهادة.

بخلاف اللعب بالنرد؛ لما ذكرناه.

وإنما يذكر المصنف القيد الثالث؛ أعني: إكثار الإيمان الكاذبة؛ لأن الغالب فيه الأولان.

وفي «الجواهر»: إن مجرد لعب الشطرنج بلا مقارنة شيء من الأمور المذكورة فسق مانع عن الشهادة.

واختار في «الهداية»: الأول وقال: لأن للاجتهاد فيه مساغاً؛ لأن مالكاً والشافعي يقولان بحله لشحذ الأذهان.

قال في إجارة «البزازية»: لا تقبل شهادة الدلال، وشهادة محضر قضاة العهد

أَو يرتكبُ مَا يُوجِبُ الْحَدَّ، أَو يَأْكُلُ الرِّبَا، ....

والوكلاء المفتعلة على أبوابهم، وشهادة الصكاك؛ لملازمتهم على الحلف الكاذب والتعدي في أخذ الأجرة بالزيادة على أضعاف أجر المثل، فلا يكذبون عادلين.

ولهذا أفتوا بأن شهادة محضر القضاة مقبولة إن كان عدلاً.

ولا بد من هذا القيد.

وقال في كتاب الشهادات: وشهادة الصكاكين تقبل في الصحيح.

وقيل: لا؛ لأنهم يكتبون: هذا ما اشترى وباع وضمن الدرك فلان وإن لم يكن واقعاً، وكتابة الكذب والتكلم به سواء.

وفي «النصاب»: وشهادة البخيل لا تقبل؛ لأنه لبخله يستقصي فيما يقرض للناس، فيأخذ زيادة على حقه.. فلا يكون عدلاً.

(**أو يرتكب ما يوجب الحد**) كالزنا والسرقة والقتل العمد واللواطة على قول أبي يوسف ومحمد، وكالقذف قبل الحد.. فإنه كبيرة تسقط بها العدالة، على ما عليه الفتوى في «شرح النقاية».

وقال في «قاضي خان»: ومن كان يشتم أولاده وأهله وجيرانه.. ذكر في بعض الروايات: أنه لا تقبل شهادته.

وقيل: إن اعتاد ذلك.. بطلت عدالته، وإن فعل ذلك أحياناً.. لا تبطل.

قال الفقيه أبو الليث: إذا لم يكن قذفاً.. لا تبطل عدالته؛ أما القذف.. يبطل العدالة. انتهى.

وهل يشترط إعلان الكبائر التي ارتكبها في إسقاط الشهادة؟

ففي «قاضي خان»: والظاهر: أنه [٢٤٠/ب] يشترط.

(**أو يأكل الربا**)؛ لأنه فسق يزيل العدالة لو اشتهر به، وإلّا.. فلا؛ لأن الإنسان قلّما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة.

أَو يـدْخلُ الْحمَّـامَ بِـلَا إِزَارٍ، أَو يفعـلُ مَـا يُسـتَخَفُّ بِـهِ كـالبولِ وَالْأكـلِ علـى الطَّرِيقِ، ....

بخلاف أكل مال اليتيم؛ فإنه مسقط للعدالة مطلقاً، اشتهر به أو لا، على ما في «العناية».

(**أو يدخل الحمام بلا إزار**)؛ لأن كشف العورة حرام تسقط به العدالة.

وقال في «قاضي خان»: لا تقبل شهادة من يدخل الحمام بغير إزار إذا لم يعرف رجوعه عن ذلك.

(**أو يفعل ما يستخف به؛ كالبول والأكل على الطريق**) قيد لكل من البول والأكل، وهذا لأن فيه ترك المروءة؛ فإذا كان لا يستحيي من مثل ذلك.. فالظاهر: أنه لا يمتنع عن الكذب أيضاً، فكان متهماً به.

وفي «البحر»: والمراد بالأكل على الطريق والبول عليه: بأن يكون بمرأى من الناس.

وأشار رحمه الله: إلى أن كل ما يخلّ بالمروءة يمنع قبول الشهادة، وإن لم يكن محرماً.

منها: اللعب بالشطرنج على الطريق بدون القمار، وترك الصلاة، وإكثار الكذب.. فإنه بأحد هذه الثلاثة: حرام، على ما تقدم.

وبدون هذه الثلاثة على الطريق: ترك المروءة، وإلا لتشجر الأذهان؛ لأنه يعد خفة وسوء أدب، وهو ترك المروءة.

ومنها: المشي بسراويله وحده، ولا شيء عليه غيره، على ما في «قاضي خان».

ومنها: مد رجله عند الناس.

وكشف رأسه في موضع يعد فعله خفة وسوء أدب.

وكشف عورته ليستنجي والناس حضور على ما في «البحر».

أَو يظْهرُ سبَّ السّلفِ.

وفيه أيضاً: أن سرقة لقمة، والإفراط في المزح المفضي إلى الاستخفاف، وصحبة الأراذل.. من قبيل ترك المروءة.

ثم قال: وإذا فعل ما يخل بالمروءة.. سقطت عدالته وإن لم يكن فاسقاً به؛ حيث كان مباحاً، فكان فاعل المختل بالمروءة ليس بعدل ولا فاسق.

فالعدل: من اجتنب عن فعل المخل بالمروءة، وعن فعل الحرام.

والفاسق: من ارتكب كبيرة، أو أصر على صغيرة. انتهى.

(**أو يظهر سبّ السلف**) وهم: الصحابة والتابعون والعلماء؛ كأبي حنيفة وأصحابه، على ما في «الزيلعي».

وكذا السب لمسلم وإن لم يكن من السلف، على ما في «الهداية»؛ لأنه؛ إما كفر أو فسق.

قيد بالإظهار؛ لأنه لو اعتقد ذلك ولم يظهره.. فهو عدل، على ما في «العناية».

وفي «البحر»: لا تقبل شهادة بائع الأكفان.

وقيّده الإمام السرخسي: بما إذا ترصد لذلك العمل، وإلا.. فتقبل؛ لعدم تمنيه الموت والطاعون.

وفي «قاضي خان»: ومن أخر الفرض بعد وجوبه إن كان له وقت معين؛ كالصوم والصلاة.. بطلت عدالته، إلا أن يكون التأخير بعذر.

وإن لم يكن له وقت معين؛ كالزكاة والحج.. ذكر الناطقي رواية هشام عن محمد: أنه [١٤٢/أ] قال: لا تبطل عدالته، وبه أخذ محمد بن مقاتل.

وقال بعضهم: إذا أخّر الزكاة أو الحج بغير عذر.. بطلت عدالته، وبه أخذ الفقيه أبو الليث.

وعن أبي يوسف في «الأمالي»: إن الحج يكون على الفور، والصحيح: أن تأخير الزكاة لا يبطل عدالته.

وَتُقبلُ الشَّهَادَةُ لِأَخِيهِ وَعَمه ومَحْرَمِهِ رضَاعاً أَو مصاهرةً.

وإن ترك الجمعة ثلاث مرات.. يصير فاسقاً، كذا ذكر في بعض المواضع.

وبه أخذ الإمام السرخسي.

وذكر في بعض المواضع: أنه يبطل العدالة، ولم يقدِّر ولم يذكر العدد، وبه أخذ شمس الأئمة الحلواني، وعليه الفتوى.

هذا إذا تركها مجانة ورغبة عنها من غير عذر؛ أما إذا تركها لمرض أو لبعد مسافة أو تأويل؛ بأن كان يفسق الإمام أو يضلله.. لا تبطل عدالته.

وإن ترك الصلاة بالجماعة ولم يستعظم ذلك كما يفعل به العوام.. بطلت عدالته.

وإن تركها متأولاً؛ بأن كان يضلل الإمام أو يفسقه.. لا تبطل عدالته. انتهى.

ثم قال فيه أيضاً: إذا قدم الأمير بلدة فخرج الناس وجلسوا في الطريق ينظرون إليه.. قال خلف: بطلت عدالتهم، إلا أن يذهبوا للاعتبار.. فحينئذٍ لا تبطل عدالتهم.

والفتوى: على أنهم إذا خرجوا لتعظيم من لا يستحق التعظيم لا للاعتبار.. تبطل عدالتهم. انتهى.

كذا ذكره في «البحر» نقلاً عن «الخزانة».

(**وتقبل الشهادة لأخيه وعمه ومحرمه رضاعاً أو مصاهرةً**)؛ لعدم البسوطة بينهم في الأملاك.. فلا تهمة.

بخلاف قرابة الولاد والزوجية على ما سبق.

وكذا تقبل الشهادة لأم امرأته وبنتها وزوج بنته وامرأة أبيه وابنه؛ لما ذكرناه من عدم بسوطة الأملاك بينهم، على ما في «البحر».

وفي «المحيط»: وهذا الجواب لا يشكل فيما إذا شهد لأخيه والأب ميت، وإنما يشكل فيما إذا شهد لأخيه والأب حيّ، وينبغي أن لا تقبل شهادته حينئذ؛ لأن منافع الأملاك بين أخيه وأبيه متصلة؛ فكأنه شهد لأبيه.

وَشَهَادَةُ أهلِ الْأَهْوَاءِ إِلّا الخِطابيّة والذميّ على مثلِهِ وإن اختلفا؛ ....

والجواب: أن شهادة الإنسان لأبيه إنما لا تقبل؛ لأن منافع الأملاك بين الأب والابن متصلة، فكانت الشهادة للأب لنفسه من وجه.. فلم تقبل.

وأما شهادته لأخيه.. فليست لنفسه أصلاً؛ لتباين الأملاك. انتهى.

وفي «القنية»: امتدت الخصومة سنين، ومع المدعي أخ وابن عم يخاصمان له مع المدعى عليه، ثم شهدا له في هذه الخصومة بعد هذه الخصومات.. لا تقبل شهادتهما. انتهى.

قيل: وقياس هذا: أن يطرد ذلك في كل قرابة وصاحب تردد مع قرابته إلى المدعى عليه في الخصومة سنين، ويخاصم له مع المدعى عليه، ثم يشهد له بعد ذلك.. فينبغي أن لا تقبل.

(و) تقبل (**شهادة أهل الأهواء**) أيضاً [٢٤١/ب] أي: بجميع فرقهم المذكورة في الكلام.

وقال الشافعي: لا تقبل شهادتهم أصلاً.

قلنا: إنه فسق من حيث الاعتقاد، وما كان كذلك.. فهو تدين، فلا يخل عدالته، بخلاف الفسق من حيث التعاطي والتهاون.

قيل: أصول أهل الأهواء: الجبر، والقدر، والرفض، والخروج، والتشبيه، والتعطيل، ثم كلّ واحد منهم يفترق اثنتي عشرة فرقة.

(**إلا**) شهادة (**الخطابية**) قيل: هم غلاة الروافض؛ ينسبون إلى أبي الخطاب، وهو رجل كان بالكوفة، قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكنائس؛ لأنه كان يزعم أن علياً الإله الأكبر، وجعفر الصادق الإله الأصغر.

(و) تقبل أيضاً شهادة (**الذمي على مثله وإن اختلفا**) ملة؛ كاليهود مع النصارى؛ لما رواه جابر: أن النبي ﷺ أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض. واليهود في معناهم في قبول عقد الذمة.. فيجوز بلا تفرقة، وقد قال الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟

﴿بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾، والمراد: الولاية دون الموالاة، ولأن الذمي من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار.. فيكون أهلاً للشهادة على جنسه أيضاً كالمسلمين.

وهذا حجة على الشافعي ومالك في عدم قبول شهادة أهل الذمة مطلقاً.

وعلى ابن أبي ليلى أيضاً في عدم قبول شهادة ملة على ملة أخرى، بل لا بد من اتحاد ملة.

ومما ينبغي أن يعلم ههنا: ما ذكره في الفصل الحادي عشر من شهادات «التاتارخانية» نقلاً عن «المحيط»: إذا مات الكافر فجاء مسلم وكافر وادعى كل واحد منهما ديناً، فأقام كل واحد منهما بينة من أهل الكفر.. قال في «الكتاب»: أجرت بينة المسلم وأعطيت حقه، فإن بقي شيء.. كان للكافر.

وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: أن التركة تقسم بينهما على مقدار دينهما.

ثم قال فيه أيضاً نقلاً عن «الظهيرية»: نصراني مات وترك ألف درهم، فجاء مسلم ونصراني وادعى كل واحد ألف درهم، وأقام كل واحد منهما شاهدين نصرانيين.. فإن الألف كلها للمسلم في قول أبي حنيفة ومحمد وزفر وقول أبي يوسف أولاً.

ثم رجع أبو يوسف وقال: الألف بينهما نصفان.

ثم قال فيه أيضاً نقلاً عن «المحيط»: قال محمد في «الجامع»: نصراني مات وترك مائة درهم لا غير، فأقام مسلم شاهدين نصرانيين عليه بمائة درهم، وأقام مسلم ونصراني شاهدين نصرانيين عليه بمائة درهم بينهما.. يقضى للمسلم المتفرد بثلثي المائة، ويقضي بثلث المائة بين الشريكين نصفان، ثم النصراني الشريك يأخذ من شريكه المسلم [٢٤٢/أ] نصف ما أخذ؛ لتصادقهما أن الدين مشترك بينهما.

ولو كان مكان المسلم المتفرد نصرانياً منفرداً وباقي المسألة بحالها.. فالمائة تقسم بينهم أثلاثاً؛ لكل واحد الثلث.

ولو كان شهود الشريكين مسلمين وشهود النصراني المنفرد نصرانيين وباقي المسألة بحالها.. كان هذا والأول سواء.

فإن كان شهود النصراني المنفرد مسلمين وشهود الشريكين نصراني وباقي المسألة بحالها.. يقضى للنصراني المتفرد نصف المائة، ويقضى بالنصف الآخر للشريكين. انتهى.

وهكذا في «المحيط» السرخسي: وهل يجوز شهادة الذمي على المسلم؟

ففي «الأشباه»: لا تقبل شهادة كافر على مسلم إلا تبعاً أو ضرورة.

فالأول: إثبات توكيل كافر كافراً بكافرين بكل حق هو له بالكوفة على خصم كافر، فيتعدى إلى خصم مسلم آخر، وكذا شهادتهما على عبد كافر موكله مسلم، وهذا بخلاف العكس في المسألتين؛ لكونهما شهادة على المسلم قصداً، وفيما سبق: ضمناً.

والثاني: مسألتين:

في الإيصاء: شهد كافران على كافر أنه أوصى إلى كافر، وأحضر مسلماً عليه حق الميت.

وفي النسب: شهد أن النصراني ابن الميت، فادعى على مسلم بحق. انتهى.

وعلى المستأمن؛ لأن الذمي أعلى حالاً منه؛ لكونه أقرب إلى الإسلام، فصار كشهادة المسلم على الذمي دون عكسه؛ لأنه لا ولاية للمستأمن على الذمي أصلاً؛ لكونه أدنى حالاً منه؛ لكونه أبعد منه للإسلام، ولأن الذمي من أهل دار الإسلام، والمستأمن من أهل دار الحرب، فاختلفا داراً.

إن كانا مِن دارٍ واحدةٍ، وعدوٍّ بسببِ الدِّينِ، ومَن ألَمَّ بصغيرةٍ إنِ اجتنبَ الكبائِرَ وغلبَ صوابُهُ، والأقلفِ، ....

(و) تقبل شهادة المستأمن على مثله (**إن كانا من**) أهل (**دار واحد**)؛ لولاية بعضهم على بعض.

بخلاف ما إذا كانا من أهل دارين؛ كالترك مع الروم؛ حيث لم تقبل؛ لأن اختلاف الدارين يقطع الولاية بينهما.

بخلاف الذمي مع المستأمن؛ حيث تقبل شهادة الذمي عليه وإن اختلفت الدار بينهما؛ لأن للذمي شرفاً على المستأمن؛ لقربه إلى الإسلام.. فتقبل.

(و) تقبل شهادة (**عدو بسبب الدين**)؛ لأن ذلك عين تدين، والمانع من القبول: ترك ما يكون ديناً؛ كما في العداوة الدنيوية على ما تقدم.

(و) تقبل شهادة (**من ألم**) من اللمم، وهي: الصغيرة، يقال: ألَمَّ إذا ارتكب (**بصغيرة إن اجتنب الكبائر**)، ولا يترك الفرائض، ولا يصر على الصغائر، (**وغلب صوابه**)؛ بأن كان إتيانه ما هو مأذون شرعاً أكثر من إلمامه بالصغائر؛ لأنه لو لم تقبل شهادته.. لأدى إلى تضييع أكثر حقوق الناس بسدّ باب الشهادة.

(و) تقبل أيضاً شهادة (**الأقلف**) [٢٤٢/ب]؛ لأن الختان سنة عندنا، وترك السنة لا يمنع العدالة، إلا إذا تركها استخفافاً بالدين.. فإنه حينئذ لا يبقى عدلاً، بل مسلماً، كذا في «العناية».

وفي «قاضي خان»: ولا تقبل شهادة الأقلف، وهو الكبير الذي ترك الختان بغير عذر؛ فإن كان يعرف أن الختان سنة إلا أنّه تركه لخوف الهلاك على نفسه.. لا تبطل عدالته، وتؤكل ذبيحته.

وهكذا ذكره في «الخلاصة»، ثم فسر العذر المبيح لترك الختان بالكبر وخوف الهلاك.

وهل للختان وقت معين؟

والخصيِّ، وَولدِ الزنا وَالْخُنْثَى، والعُمَّالِ، ....

ففيه اختلاف؛ فعن أبي حنيفة: أنه لم يقدر له وقتاً معيناً.

وقدره بعض المتأخرين: من سبع سنين إلى عشر.

وبعض قدره باليوم السابع.

(و) تقبل أيضاً شهادة **(الخصي)**؛ لما روي أن عمر قبل شهادة علقمة الخصي، ولأنها قطعت ظلماً.. فلا تمنع عدالته.

(وولد الزنا) أيضاً؛ لأن فسق الأبوين لا يربو على كفرهما، وكفرهما غير مانع لشهادة الابن، ففسقهما: أولى.

(و) تقبل شهادة **(الخنثى)** أيضاً؛ لأنه؛ إمّا رجل أو امرأة، وشهادة الجنسين مقبولة بالنص.

ويشهد مع رجل وامرأة للاحتياط.

وينبغي أن لا تقبل شهادته في الحدود والقصاص كالنساء؛ لاحتمال أن تكون امرأة؛ كذا في «العناية».

قال في «الخلاصة»: والخنثى المشكل لا تقبل شهادته مع رجل أو امرأة، ولو شهد مع رجل وامرأة.. تقبل. انتهى.

وهكذا في «البزازية».

(و) شهادة **(العمال)** أيضاً، قال فخر الإسلام: المراد بالعمال ههنا: عمال السلطان الذين يعينونه في أخذ الحقوق الواجبة كالخراج وزكاة السوائم؛ لأن نفس العمل ليس بفسق؛ فإن أجلاء الصحابة كانوا عمالاً، ولا يظن بهم فعل ما يقدح في العدالة، إلا إذا كانوا أعوان السلطان معينين على الظلم.. فإنه لا تقبل شهادتهم.

إلا إذا كان وجيهاً في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه؛ فإن المجازف في كلامه.. لا تقبل شهادته؛ كذا في «العناية».

ثم قال: وقيل: المراد بالعمال ههنا: الذين يعملون بأيديهم ويؤاجرون أنفسهم؛

وَالْمُعتَقِ لمعتقِهِ.

وَالْمُعْتَبرُ: حَالُ الشَّاهِدِ وَقتَ الْأَدَاءِ لَا التحمُّلَ.

لأن من الناس من قال: لا تقبل شهادتهم، فيكون المراد بإيراد قبول شهادتهم رداً عليهم.

(و) تقبل أيضاً شهادة (المعتق) اسم فاعل أو مفعول، وكذا قوله (لمعتقه)، وهذا؛ لأنه لا تهمة بينهما؛ لعدم البسوطة بينهما في المال، فتقبل شهادة أحدهما للآخر.

(**والمعتبر حال الشاهد وقت الأداء لا التحمل**) كذا في «المختار»، وعلله في «الاختيار»: بأن العمل بها والإلزام معها إنما كان وقت الأداء، فتعتبر الأهلية والولاية عنده أيضاً. انتهى.

واعلم: أن للشهادة ثلاث أحوال على ما صرح به في «الخلاصة» و«البزازية» [٢٤٣/أ] وغيرهما:

حالة التحمل، وحالة الأداء، وحالة القضاء.

فأبو حنيفة ومحمد: اعتبرا في الأهلية حال الشاهد في الحالات الثلاث.

وأبو يوسف: اعتبر حاله في حالة التحمل، على ما صرح به في «العناية» في مسألة عدم قبول شهادة الأعمى؛ حيث قال: فالمعتبر عند أبي يوسف: الإبصار عند التحمل، وعندهما: استمراره إلى وقت القضاء، حتى لو عمي بعد الأداء قبل القضاء.. امتنع القضاء. انتهى.

ثم قال: وجه قولهما: أن ما يمنع الأداء يمنع القضاء أيضاً، والعمى بعد التحمل يمنع الأداء عندهما.. فكذا يمنع القضاء؛ كالخرس والجنون والارتداد بعد الأداء قبل القضاء .. فإنها تمنع الأداء بالاتفاق.

وعند أبي يوسف: العمى بعد الأداء لا يمنع الأداء.. فلا يمنع القضاء أيضاً.

وقال في «الخلاصة»: ولو كان بصيراً عند التحمل، ثم عمي عند الأداء.. لا تقبل في الحدود، وفي غيرهما: كذلك عندهما.

وعند أبي يوسف: تقبل.

وللشهادة ثلاث أحوال: حالة التحمل، وحالة الأداء، وحالة القضاء؛ فإذا وجد العمى في إحدى الأحوال الثلاث.. يمنع القضاء، وعند أبي يوسف: إن وجد في حالة التحمل.. يمنع، وإلا.. فلا. انتهى.

فظهر: أن المعتبر عندهما: استمرار الأهلية من حالة التحمل إلى حالة القضاء.

وأما وجودها في حالة التحمل فقط، ثم عرض المانع.. فغير كاف عندهما، خلافاً لأبي يوسف؛ فإنه كاف عنده. فكلام المصنف: «والمعتبر في أهلية الشهادة حال الشاهد وقت الأداء لا التحمل» لا بد فيه من التأويل؛ بأن يقال: مراده: الاحتراز عن قول أبي يوسف، وهو الاعتبار حالة التحمل فقط، لا حصر الاعتبار وقت الأداء، لم يقل به واحد من أئمتنا.

ثم هذا الخلاف فيما إذا وجد الأهلية وقت التحمل ثم زالت بالعمى.

وأما إذا وجد العمى وقت التحمل، ثم زال وصار بصيراً.. فلا تقبل شهادته بالاتفاق، إلا فيما يجوز الشهادة فيه بالسماع، ويدل عليه: ما ذكرناه من «الخلاصة»؛ أعني: قوله: فإذا وجد العمى في إحدى الأحوال الثلاث.. يمنع القضاء.

وعند أبي يوسف: إن وجد في حالة التحمل.. يمنع.

فإن قيل: قد ذكر في «الخلاصة» أيضاً قبيل هذه المسألة: الأعمى إذا شهد فردت شهادته، ثم صار بصيراً فشهد في تلك الحادثة.. تقبل. انتهى.

وهذا يخالف ما ذكرت من أنه إذا صار بصيراً بعد العمى وقت التحمل لا تقبل شهادته.

قلنا: ليس المراد بهذه المسألة: أن العمى وقت التحمل ابتداء إذا شهد فردت

وَلَو شَهدا أَنَّ أباهما أوصى إِلَى زيدٍ، وَزيدٌ يَدَّعِيهِ.. قُبلَتْ، ....

شهادته [٢٤٣/ب]، ثم صار بصيراً فشهد.. بل مراده والله أعلم: أنّ من تحمل الشهادة حال كونه بصيراً، ثم عمي وشهد فردت شهادته على مذهب أبي حنيفة ومحمد، ثم صار بصيراً فشهد في تلك الحادثة.. تقبل شهادته بالاتفاق؛ لأنه حينئذ يصير بصيراً في الحالات الثلاث.

ومن فروع مسألة الكتاب أيضاً: عبد شهد فردت شهادته، ثم عتق فشهد في تلك الحادثة.. تقبل شهادته إن كان عدلاً.

وهو أحد محتملات قوله: «والمعتق لمعتقه».

ومنها أيضاً: كافر شهد على مسلم فردت شهادته، ثم أسلم فشهد في تلك الحادثة.. تقبل.

ومنها: صبي شهد في حادثة فردت شهادته، ثم بلغ فشهد في تلك الحادثة.. تقبل؛ لوجود الأهلية وقت الأداء.

فإن قيل: ذكر في «النصاب» وغيره: المولى إذا شهد لعبده فردت، ثم شهد بها له بعد العتق.. لا تقبل، وقد وجدت الأهلية هنا أيضاً، فلم لم تقبل هنا؟

أجيب: بأن المردود هنا شهادة، فلا تقبل بعد الرد، بخلاف المسائل المتقدمة؛ فإن المردود فيها ليست بشهادة، فتقبل الشهادة فيها.

ومن هنا قالوا: لو ردت شهادته بفسق، ثم تاب، ثم شهد في تلك الحادثة.. لم تقبل؛ لأن المردود هنا أيضاً شهادة.

قال في «الحاوي القدسي»: وإن ردت الشهادة لفسق، ثم تاب.. لم تقبل شهادته في ذلك، وتقبل في غيره. انتهى.

(ولو شهدا) أي: الابنان **(أن أباهما أوصى إلى زيد)** أي: جعله وصياً **(وزيد يدعيه.. قبلت)** شهادتهما استحساناً إن كان الموت معروفاً.

وَإِن أنكر.. فَلَا.

وَلَو شهدا أَنَّ أباهما الْغَائِبَ وَكَّلَهُ.. لَا تقبلُ وإِنْ ادّعَاهُ.

والقياس: عدم القبول؛ لتهمة عود المنفعة إليهما بنصيب من يقوم بإحياء حقوقهما.

ووجه الاستحسان: أنها ليست شهادة حقيقة؛ لأنها هي التي توجب على القاضي ما لا يتمكن منه بدون هذه الشهادة، وهذه ليست كذلك؛ لتمكن القاضي من نصب الوصي بدونها إذا رضي الوصي، والموت معروف حفظاً لأموال الناس والأيتام، بل هي دافعة لمؤنة تعيين القاضي الوصي، فصار كالقرعة في عدم الحجية.

أقول: بل لا شهادة هنا أصلاً؛ لأن الشهادة لا بد وأن تقوم على المدعى عليه، ولم يوجد ههنا؛ لأن الوصي إنما يدعي الوصاية على الابنين فأقرهما، فكان من قبيل ما ثبت بالإقرار بالبينة.

(**وإن أنكر**) زيد ذلك أو لم يعرف الموت (.. **فلا**) تقبل شهادتهما قياساً واستحساناً؛ لأنه ليس للقاضي في شيء في هاتين الصورتين ولاية نصب الوصي، فكانت هي الموجبة لها، والتهمة تردها.

(**ولو شهدا**) أي: الابنان (**أن أباهما الغائب وكّله**) أي: وكّل زيداً بقبض ديونه في الكوفة مثلاً (.. **لا تقبل**) [٢٤٤/أ] شهادتهما (**وإن**) وصلية (**ادعاه**) أي: وإن ادّعى زيد الوكالة؛ لأن القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب غير المفقود؛ فلو ثبت هذه الولاية للقاضي.. فإنما تثبت بشهادتهما، فكانت موجبة لها، وتهمة الولاد تردّها.

واعلم: أن المصنف رحمه الله ترك ههنا قيدين لا بد من ذكرهما:

أحدهما: إن جحد المطلوب بالدين الوكالة.

والثاني: قبض ديونه إلّا تقييد الوكالة بقبض ديونه.

أما الأول: فلأن المطلوب بالدين إذا أقر الوكالة.. جازت شهادة الابنين على ما صرح به في «البحر».

وأما الثاني: فللفرق بين هذه المسألة وبين مسألة ذكروها في باب الوكالة: أنّ من وكّل رجلاً بالخصومة في دار بعينها وقبضها، فغاب، فشهد أبناء الموكل أن أباهما وكّل هذا الرجل بالخصومة في هذه الدار وقبضها.. لا تقبل شهادتهما؛ سواء جحد المطلوب الوكالة أو أقرّ بها.

ووجه الفرق: أن في مسألة الدين: المطلوب به إذا كان مقراً بالوكالة.. يجبر على دفع المال بإقراره بدون الشهادة، وإنما أقامت الشهادة لابتراء المطلوب عند الدفع إلى الوكيل إذا حضر الطالب وأنكر الوكالة.. فكانت هذه الشهادة على أبيهما، لا لهما، فتقبل.

وفي مسألة الوكالة بالخصومة في الدار: المطلوب وإن كان مقراً.. لا يجبر على دفع الدار إلى الوكيل بحكم إقراره، وإنما يجبر عليه بالشهادة، فكانت الشهادة لأبيهما لا عليهما.. فلا تقبل.

ثم اعلم: أنهم قالوا: إن البينة على المقر لا تسمع، بل إنما تسمع على المنكر، واستثنوا منها سبع مسائل، على ما ذكر في «الأشباه».

الأول: وارث مقرّ بدين على الميت، فتقام البينة عليه؛ للتعدي إلى سائر الورثة هل تقبل شهادة هذا المقر من الورثة بالدين على وارث آخر؟

قالوا: تقبل.

قال في شهادات «البزازية»: مات الرجل عن ورثة، فأقر وارثاه بدين على الميت لرجل، ثم شهدا بهذا الدين لذلك الرجل عند القاضي قبل أن يلزم القاضي بإقرارهما الدين في حصتهما من التركة.. تقبل؛ لأن بمجرد إقرارهما قبل القضاء عليهما.. لا يحل الدين في قسطهما.

وإن قضى عليهما بإقرارهما، ثم شهدا به له عليه.. لا يقضى بشهادتهما؛ لأنهما يريدان أن يحولا بعض مالهما على ما في الورثة، فكانت جر مغنم ورفع مغرم. انتهى.

وَلَو شهد دائِنا ميت أَنَّه أوصى إِلَى زيدٍ، وَهُوَ يَدعِيهِ.. قُبِلَتْ.

وَكَذَا لَو شَهِد مديوناه، ....

الثاني: مدعى عليه أقر بالوصاية للوصي، فبرهن الوصي.

الثالث: ما ذكرناه، وهو: مدعى عليه أقرّ بالوكالة، فيثبتها الوكيل دفعاً للضرر عن نفسه.

وقال في «الفصولين»: فهذا يدل على جواز إقامة البينة مع الإقرار [٢٤٤/ب] في كل موضع يتوقع الضرر من غير المقر لولا إقامة البينة، فيكون هذا أصلاً. انتهى.

الرابع: في دعوى الاستحقاق تقبل البينة على الاستحقاق مع إقرار المستحق عليه؛ للتمكن من الرجوع على بائعه.

الخامس: لو خوصم الأب بحق عن الصغير فأقر.. لا يخرج عن الخصومة، ولكن تقام البينة عليه مع إقراره.

بخلاف الوصي وأمين القاضي إذا أقرا.. خرجا عن الخصومة.

السادس: لو أقر الوارث للموصى له وأقام الموصي له البينة .. فإنها تسمع مع إقراره.

السابع: آجر دابته بعينها من رجل، ثم من آخر، فأقام الأول البينة؛ فإن كان الآجر حاضراً.. تقبل عليه البينة وإن كان مقراً بما يدعيه هذا المدعي، وإن كان غائباً.. لا تقبل.

(**ولو شهد دائناً ميت أنه**) أي الميت (**أوصى إلى زيد**) أي: جعله وصياً، (**وهو**) أي: زيد (**يدعيه**) أي: جعله وصياً (.. **قبلت**) استحساناً لو كان الموت معروفاً؛ لما ذكرناه عند قوله: «ولو شهدا أن أباهما أوصى إلى زيد، وزيد يدّعي».

(**وكذا لو شهد مديوناه**) أي: مديونا الميت أنه جعله وصياً .. فإنها قبلت شهادتهما استحساناً مع إقرار الوصي وإن لم يكن الموت معروفاً ههنا؛ لأنهما يقران

أَو مَنْ أوصى لَهما، أَو وصياه.

على أنفسهما بالمال، فثبت الموت في حقهما باعترافهما، وإن لم يكن ثابتاً في نفس الأمر، وهذا هو الثاني الذي ذكرناه في المستثنيات المذكورة.

(**أو**) شهد (**من أوصى لهما**) أي: من جعل موصى لهما؛ يعني: إذا شهد الموصى لهما: أن الميت جعل زيداً وصياً لهما، ولم ينكر الوصي ذلك، بل أقره وكان الموت معروفاً أيضاً.. قبلت شهادتهما استحساناً؛ لما مر أيضاً.

(**أو وصياه**) أي: لو شهد وصيان للميت: أنه جعل هذا الثالث وصياً معهما ولم ينكره الثالث، بل ادعاه.. قبلت شهادتهما استحساناً؛ لما مر أيضاً.

فإن قيل: إذا كان للميت وصيان.. فلا حاجة للقاضي إلى نصب ثالث، بل لا مساغ له في ذلك؛ فلو ثبت هذه الولاية للقاضي.. ثبت بشهادتهما، فكانت موجبة، وتهمة جر النفع للوصيين تردها.

أجيب: بأن الوصيين إذا اعترفا بعجزهما.. كان له نصب ثالث، وشهادتهما بثالث معهما: اعتراف بعجزهما عن التصرف.

فروع: شهد الوصي للصبي بعد العزل.. لا تقبل.

ولو [للورثة] الكبار.. قبلت وإن في حال الوصاية، كذا في الثاني من شهادات «البزازية».

ثم قال: وكله بطلب ألف درهم قِبَلَ فلان بالخصومة فخاصم عند غير القاضي، ثم عزل الوكيل قبل الخصومة في مجلس القضاء، ثم شهد الوكيل بهذا المال لموكله.. يجوز، وقال الثاني: لا يجوز؛ بناء على أن بنفس التوكيل قام مقام الموكل، وشهادة الوصي للميت إن خاصم [٢٤٥/أ].. لا تقبل، وإلا.. تقبل.

وكّله بالخصومة عند القاضي، فخاصم المطلوب بألف درهم عند القاضي، ثم أخرجه الموكل عنها، فشهد الوكيل: أن للموكل على المطلوب مائة دينار.. تقبل.

ولو وكّله عند غير القاضي فأشهد على الوكالة، فخاصم المطلوب بألف وبرهن

على الوكالة، ثم عزله الموكل عنها، فشهد له على المطلوب بمائة دينار مما كان له عليه بعد القضاء له بالوكالة.. لا تقبل؛ لأن الوكالة لما اتصل بها القضاء.. صار الوكيل خصماً في حقوق الموكل على غرمائه، فشهادته بعد العزل: شهادة الخصم.. فلا تقبل.

بخلاف الأول؛ لأن القاضي علم بوكالته، وعلمه ليس بقضاء، فلم يتصل القضاء بوكالته.. فلا يصير خصماً؛ فتقبل في غير ما صار خصماً.

بخلاف ما إذا اتصل القضاء بوكالته؛ لأنه صار خصماً في جميع حقوقه.

وإن خاصمه في غير مجلس القضاء، ثم عزله، فشهد.. تقبل اتفاقاً.

خاصم الوكيل المطلوب في حق ألف درهم لموكله عليه، ثم عزله عنها، ثم شهد له بألف دينار؛ إن الوكالة عامة والدنانير واجبة قبل العزل.. لا تقبل.

ولو وجبت بعد العزل.. تقبل.

والحاصل: في الوكالة العامة بعد الخصومة.. لا تقبل شهادته لموكله على المطلوب، ولا على غيره إلا في القائمة، ولا في الحادثة؛ إلا في الواجب بعد العزل.

ثم قال فيها أيضاً: وإنما شهادة الوصي بحق للميت على غيره بعدما أخرجه القاضي عن الوصاية قبل الخصومة أو بعدها.. لا تقبل.

وكذا لو شهد الوصي بحق للميت بعدما أدرك الورثة.. لا تقبل.

ولو شهد لبعض الورثة على الميت؛ إن كان المشهود له صغيراً.. لا يجوز اتفاقاً.

وإن بالغاً.. فكذلك عنده.

وعندهما: يجوز. انتهى.

ثم ذكر بعد هذا: شهد البائع للمشتري بأن الشفيع سلّم الشفعة بعدما سلم البائع الدار إلى المشتري.. لا تقبل؛ لأنه بنفس البيع صار خصماً، فصار كالوكيل خاصم، ثم عزل. انتهى.

وَلَا تُقبلُ الشَّهَادَةُ على جَرحٍ مُجَرّدٍ، وَهُوَ مَا يُفسَّقُ بِهِ من غيرِ إيجَابِ حقٍّ للشَّرْعِ، أو للْعَبدِ؛ ....

(ولا تقبل الشهادة على جرح مجرد) الجرح؛ إما مجرد أو غير مجرد؛ لأنه إما أن يكون مما يدخل تحت حكم الحاكم أو لا.

فإن كان الثاني: هو المجرد؛ لتجرده عما يدخله تحت حكم الحاكم.

وإن كان الأول: هو الجرح الغير المجرد؛ فالمصنف رحمه الله بين المجرد بما يصدق عليه هذا المفهوم، ثم مثل بأمثلة جزئية، فقال: (وهو) أي: الجرح المجرد: (ما يفسق به) شهود المدعي (من غير إيجاب حق للشرع أو للعبد)؛ لأن مجرد التفسيق من غير إيجاب حق من حقوق الله أو من حقوق [٢٤٥/ب] العباد.. لا يدخل تحت حكم الحاكم؛ لأن الفاسق له أن يرفع فسقه بالتوبة، ولعله قد تاب في مجلسه أو قبله.. فلا يمكن إلزام القاضي بالشهادة عليه.

وكل شاهد لا يمكن للقاضي أن يلزم به.. غير مقبول، فهذا غير مقبول، ولأن في هذه الشهادة هتك حرمة الستر وإشاعة الفاحشة من غير ضرورة، وهو حرام، فيكون الشاهد به فاسقاً.. فلا تقبل شهادته.

فإن قيل: فيه ضرورة، وهو منع الظالم عن الظلم بالشهادة الكاذبة، فينبغي أن يجوز لمحلّ الضرورة.

أجيب عنه: بأن الضرورة تندفع بأن يقول للقاضي سراً: إنه فاسق مثلاً، ولا يظهره في مجلس القاضي في أعين الناس.

فإن قيل: إن شهادتهم على الجرح المجرد غير مقبولة قبل التعديل والتزكية، سراً وعلناً، وبعدهما، على ما صرح به في «البحر».. فعلى هذا: فلِمَ لا يجوز أن تكون شهادتهم على الجرح المجرد وإخبارهم عن فسق الشهود قبل التعديل والتزكية من قبيل التعديل والتزكية العلانية فتقبل شهادتهم على الجرح المجرد كتزكية العلانية؟

نَحْوُ: هُوَ فَاسِقٌ، أَو آكِلُ رِباً، أَو إِنَّه استأجرهم.

فالجواب عنه بوجهين:

أحدهما: أن شرط التزكية العلانية في زماننا: أن يقول: لا أعلم حاله، أو يعلم القاضي سراً بذلك إذا سأله القاضي؛ احترازاً عن العداوة وإظهار الفاحشة، وليس فيما نحن فيه ذلك.

والثاني: أن ذلك متهم قبل تعديل شهود المدعي؛ للطعن في عدالتهم، لا لثبوت أمر يسقطهم عن قبول شهادتهم، ولذا لو عدلوا بعده.. تقبل شهادتهم.

فلو قبل شهادتهم قبل التعديل على الجرح المجرد.. لما قبل شهادتهم بعد التعديل؛ كذا في «البحر».

(**نحو: هو فاسق، أو آكل ربا**)، وهذا؛ لأنه جرح مجرد؛ لعدم إيجاب حق عليه.. فلا تقبل الشهادة عليه؛ لما تقدم من الوجهين من عدم دخوله تحت حكم الحاكم، ومن هتك حرمة الستر.

(**أو إنه**) أي: المدعي (**استأجرهم**) أي: الشهود؛ يعني: لو قال المدعى عليه: إن المدعي استأجرهم، وأقام البينة.. لا تقبل؛ لأنه جرح مجرد؛ لأنه لم يدع قبله حقاً يمكن القضاء به.

ودعوى الاستئجار وإن كانت دعوى صحيحة في نفسها، لكنه يدعيها لغيره، وليس له ولاية إلزام غيره، فلم تكن صحيحة ههنا، فلم يبق إلا جرح مجرد.. فلا تقبل البينة عليه؛ لما تقدم.

قال في «الزيلعي» نقلاً عن «الكافي»: إن المدعى عليه لو أقام البينة على إقرار الشهود: أنهم شهدوا بالزور، أو على إقرارهم أنهم أجراء في هذه الشهادة، أو على إقرارهم: أن المدعى مبطل في هذه الدعوى، أو على إقرارهم: أنهم لا شهادة لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة.. لم تقبل الشهادة [٢٤٦/أ].

وكذا لو أقام البينة: أن الشهود زناة أو شربة خمر.. لا تقبل.

وَتقبلُ على إِقْرَارِ الْمُدَّعِي بفسقهم، ....

ولو أقام البينة: أنهم زنوا ووصفوا الزنا أو شربوا الخمر أو سرقوا مني كذا ولم يتقادم العهد.. تقبل شهادتهم، هكذا ذكره في «الكافي».

وقال: إنما قيده بكونه غير متقادم العهد؛ لأنه لو كان متقادماً.. لا تقبل؛ لعدم إثبات الحق؛ لأن الشهادة بحدّ متقادم مردودة.

ثم بين الفرق بين قوله: «إن الشهود زناة أو شربة خمر»، وبين قوله: «إنهم زنوا ووصفوا الزنا أو سرقوا مني أو شربوا الخمر»؛ حيث لم يقبل في الأول وقبلت في الثاني.. بأن الأول: محمول على ما إذا تقادم العهد، والثاني: على ما إذا لم يتقادم.

وإلا.. فلا فرق بينهما.

وذكر أيضاً نقلاً عن الخصاف: أن الشهادة على الجرح المجرد مقبولة؛ كالشهادة على غير المجرد.

ولما كان هذا مخالفاً لما ذكر في عامة الكتب.. أوَّله وقال: تأويله: إذا أقامها على إقرار المدعي بذلك؛ أي: بذلك الجرح أو على التزكية؛ يعني: أنه من قبل التزكية علنا.

قلت: تأويله الثاني ليس بشيء؛ لما ذكرناه آنفاً من الجوابين.

وذكر الإمام «قاضي خان» المسائل التي ذكرناها أنها لا تقبل البينة لكونها على جرح مجرد، ثم قال: لم تقبل فيها شهادة شهود المدعى عليه، ولا يثبت الجرح عند علمائنا.

ثم قال: وذكر الخصاف: أنه تقبل، وهو قول ابن أبي ليلى والشافعي، والصحيح: مذهبنا لوجوه؛ منها: أن شاهد الجرح فاسق بإظهار الفاحشة من غير ضرورة.

ولما ذكر تفسير الجرح المجرد وأمثلته.. أراد أن يذكر الجرح الغير المجرد فقال: (**وتقبل**) أي: شهادة شهود المدعى عليه (**على إقرار المدعي بفسقهم**) أي: فسق شهوده.

وعَلى أنَّهم عبيدٌ أَو محدودون فِي قَذْفٍ، أَو شاربو خمرٍ، أَو قذفةٌ، أَو شُرَكَاءُ الْمُدَّعِي، ....

وإنما يقبل هذا؛ لأن إقرار المدعي بفسق شهوده مما يدخل تحت حكم الحاكم؛ لأن معنى الشهادة على هذا الإقرار: إثبات أن لا حق للمدعي على المدعى عليه، وليس في هذه الشهادة إظهار الفاحشة حتى تمنع القبول، بل إنما حكوا الفاحشة عن المدعي، والحاكي ليس كالمظهر.

(و) تقبل أيضاً شهادة شهود المدعى عليه (على أنهم) أي: شهود المدعي (عبيد)؛ لأنها قامت على إثبات حق العبد وهو الرق، وفيه إثبات حق الله تعالى أيضاً، وهو سلب الولاية عنهم في ضمن إثبات الرق عليهم.

(أو محدودون في قذف)؛ لأن فيها إثبات حق الله تعالى، وهو كمال الحدّ؛ أي: ردّ الشهادة، وليس فيه إظهار الفاحشة، وإنما حكوا عن شهود القذف؛ كذا في «قاضي خان».

(أو شاربو خمر أو قذفة)؛ لأن فيها إثبات حق الله تعالى، وهو حد الشرب والقذف، وإظهارهم في هذه الشهادة الفاحشة [٢٤٦/ب]: جائز؛ لضرورة إيجاب حق الله تعالى وإقامة الحسبة.

واعلم أنا قد ذكرنا نقلاً عن «الكافي»: أن المدعى عليه لو أقام البينة أن شهود المدعي زناة أو شربة خمر.. لا تقبل.

ولو أقام على أنهم زنوا ووصفوا الزنا أو شربوا الخمر أو سرقوا مني.. تقبل.

وهكذا ذكره الإمام «قاضي خان»، ثم قال في وجه الفرق بينهما: إنما تقبل في الثاني على الجرح؛ لأن شهود الجرح وإن أظهروا الفاحشة.. فإنما أظهروا لإيجاب الحد وإقامة الحسبة، فجازت شهادتهم.

وقد تقدم منا: أن «الزيلعي» فرق بينهما بتقادم العهد وعدم تقادمه.. فالمصنف حينئذ لو قال: «أو شربوا خمراً أو قذفوا».. لكان أولى.

(أو شركاء المدعي)؛ لأن فيها إثبات التهمة بالشركة.

أَو أَنه استأجرهم لَهَا بِكَذَا وَأَعْطَاهُمْ ذَلِك مِن مالٍ عِنْدَهُ، أَو إِنِّي صالحتهم بِكَذَا، ودفعتُهُ إِلَيْهِم على أَن لَا يشْهدُوا عليَّ فَشَهِدُوا.

قال في «الخلاصة»: للخصم أن يطعن الشاهد بثلاثة أشياء:

أن يقول: هما عبدان، أو محدودان في قذف، أو شريكان للمدعي.

فإذا قال: هما عبدان.. يقال للشاهد: أقم البينة على الحرية.

وفي الأخيرين: يقال للخصم: أقم البينة أنهما كذلك. انتهى.

(**أو**) شهد المدعى عليه (**أنه**) أي: المدعي (**استأجرهم لها**) أي: للشهادة (**بكذا**) مالاً (**وأعطاهم ذلك من مال**) الذي كان (**عنده**)؛ لأن فيها إثبات الخصومة في ذلك المال، والجرح إنما يثبت بناء على هذه الخصومة.

بخلاف ما لو شهدوا أن المدعي استأجرهم فقط .. فإنها لا تقبل؛ لكونه جرحاً مجرداً على ما تقدم.

(**أو إني صالحتهم**) أي: الشهود (**بكذا**) من المال (**ودفعته إليهم على أن لا يشهدوا علي**) بهذا الزور (**فشهدوا**) علي .. فإنها تقبل؛ لما فيها من إثبات مطالبتهم برد المال الذي أعطاهم.

وهذه كلها جرح غير مجرد؛ لإيجابه حقاً للشرع أو للعبد.. فتقبل الشهادة فيها.

وفي «البحر»: إن قولهم: «إذا تضمن الجرح حقاً من حقوق الشرع.. لم يكن مجرداً».. شامل لما إذا تضمن التعزير حقاً لله تعالى.

فعلى هذا: لو برهن أن شاهد المدعي زنى بأجنبية.. تقبل المتضمنة إثبات التعزير.

لكن الظاهر: أن مرادهم من الحق: الحد.. فلا يدخل التعزير بقولهم: «وليس في وسع القاضي إلزامه؛ لأنه يدفعه بالتوبة»؛ لأن التعزير حقٌّ لله تعالى يسقط بالتوبة، بخلاف: فإنها لا تسقط بها.. فوضح الفرق.

وَمن شهدَ وَلم يبرحْ حَتَّى قَالَ: أَوهمتُ بعضَ شهادتي.. قُبِلَ إِن كَانَ عدلاً.

ويدل عليه: أنهم مثلوا للجرح المجرد بأكل الربا، مع أنه يوجب التعزير، وبإقرارهم بالزور، مع أنه يوجب التعزير. انتهى.

(**ومن شهد ولم يبرح**) أي لم يزل على مجلس القضاء (**حتى قال: أوهمت**) أي أخطأت (**بعض شهادتي**) بنقصان أو بزيادة (.. **قبل إن كان عدلاً**) يعني: لو شهد عند القاضي وقال: أخطأت وتركت بعضها يجب علي إتيانه، أو أتيت ما لا يجوز [٢٤٧/أ] إتيانه لي:

فإما أن يقول ذلك في مجلس القاضي أو بعدما قام عنه ثم عاد إليه، وعلى كلّ من التقديرين:

إما أن يكون عدلاً أو غير عدل، والمتدارك؛ إما أن يكون موضع شبهة التلبيس والتعبير من أحد الخصمين أو لا:

فإن كان غير عدل.. ترد شهادته مطلقاً؛ سواء قال ذلك في مجلس القاضي أو بعده، وفي موضع الشبهة أو لا.

وإن كان عدلاً.. قبلت شهادته في موضع غير الشبهة؛ مثل أن يدع لفظة الشهادة وما يجري مجراه؛ مثل أن يترك ذكر اسم المدعي والمدعى عليه، أو الإشارة لأحدهما؛ سواء كان في مجلس القضاء أو غيره، لكن تدارك لفظة الشهادة إنما يتصور قبل القضاء؛ إذ من شرط القضاء تكلم الشاهد لفظة الشهادة إن كان في موضع شبهة التلبس؛ كما إذا شهد بألف، ثم قال: غلطت، بل هي خمسمائة أو بالعكس.. فإنها تقبل، إذا قال في المجلس بجميع ما شهد أولاً عند بعض المشايخ؛ لأن المشهود له استحق القضاء على القاضي بشهادته، ووجب قضاؤه.. فلا يسقط ذلك بقوله: أوهمت وبما بقي أو زاد عند آخرين؛ لأن الحادث بعد الشهادة من العدل في المجلس كالمقرون بأصلها، وإلى هذا مال شمس الأئمة السرخسي.

وهذا التدارك يمكن أن يكون قبل القضاء بتلك الشهادة وبعدها؛ لأن الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء.. فكان العذر واضحاً، فتقبل إذا تداركه في أوانه وهو قبل البراح من مجلس القضاء مع كونه عدلاً.

وأما بعدما قام عن المجلس.. فلم تقبل؛ لإيهامه الزيادة من المدعي بإطماع الشاهد بحطام الدنيا، والنقصان من المدعى عليه بمثل ذلك.. فلا تقبل احتياطاً.

وإذا اعتبر المجلس في دعوى التوهم من الشاهد؛ فلو غلط في ذكر بعض الحدود، فذكر الشرقي في مكان الغربي، أو في بعض النسب؛ كأن ذكر محمد بن أحمد بن عمر بدل محمد بن علي بن عمر مثلاً؛ فإن تداركه قبل البراح عن المجلس.. قبلت، وإلا.. فلا.

وعن أبي يوسف: أنه يقبل مطلقاً بعد أن كان عدلاً؛ كذا في «العناية».

وقال في «القنية» رامزاً للقاضي عبد الجبار وعين الأئمة الكرابيسي: شهدوا، ثم تذكروا لفظاً تركوها، وذكروا في ذلك اللفظ.. تقبل إذا لم يكن فيه مناقضة.

ثم قال نقلاً عن أستاذه: أطلق في «الجامع الصغير» و«المحيط»: أنه إذا لم يبرح عن مكانه.. جاز ذلك إذا كان عدلاً، ولم يشترط عدم المناقضة، وإنه شرط حسن [٢٤٧/ب].

ثم قال رامزاً للقاضي عبد الجبار و«الفتاوى النسفي»: ادّعى وأقام عليه شهوداً، فكان في الدعوى أو الشهادة أو فيهما خلل، فأعاد تلك الدعوى والشهود في مجلس آخر بدون الخلل.. لا يقبل وإن لم يكن بين الثاني والأول تناقض؛ لأن الظاهر أنهم زادوه بتلقين إنسان إياهم تزويراً أو احتيالاً، وإليه أشار محمد بقوله في «الجامع الصغير»: فلم يبرح حتى يقول: أوهمت.. جازت شهادته.

* * *

تتمة
فِي أَنَّ الشَّهَادَةَ الوَاحِدَةَ هَلْ تَقْبَلُ التَّجزي أم لا

عند أبي يوسف: تقبل.

وعند محمد: لا؛ لما في «قاضي خان»: رجل مات وأوصى لفقراء جيرانه بشيء، وأنكر الورثة وصيته، فشهد على الوصية رجلان من جيرانه لهما أولاد محتاجون.. قال محمد: لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما شهدا لأولادهما فيما يختص أولادهما، فبطلت شهادتهما في ذلك، وإذا بطلت في حق الأولاد.. بطلت أصلاً؛ لأن الشهادة واحدة؛ كما لو شهدا على رجل أنه قذف أمهما وفلانة.. لا تقبل شهادتهما.

وذكر محمد في وقف «الأصل»: إذا وقف على فقراء جيرانه، وشهد بذلك فقيران من جيرانه.. جازت شهادتهما.

قال الفقيه أبو الليث: ما ذكر في الوقف: قول أبي يوسف؛ أما على قياس قول محمد.. ينبغي أن لا يقبل في الوقف أيضاً؛ لأن عند أبي يوسف: يجوز أن تبطل الشهادة في البعض وتبقى في البعض.

وعلى قول محمد: لا تقبل أصلاً.

وما ذكر في الوقف: محمول على ما كان جيرانه كثيراً لا يحصون.

وما ذكر في الوصية: محمول على ما إذا كانوا قليلين يحصون؛ فإن محمداً ذكر في «الزيادات»: لو أن سرية رجعت إلى دار الإسلام بأسارى، فقالت الأسارى: نحن من أهل الإسلام، أو من أهل الذمة، أخذنا هؤلاء في دار الإسلام، وقالت السرية: هم من أهل الحرب.. كان القول قول الأسارى؛ لأن ثبوت اليد عليهم لم يعرف إلّا في دار الإسلام، ودار الإسلام دار عصمة.. فكل من كان فيها يكون معصوماً ظاهراً.

فإن أقامت السرية بينة على دعواهم؛ إن كان الشهود من التجار.. جازت شهادتهم، وإن كانوا من السرية.. لا يقبل.

ولو كانت المسألة على هذا الوجه في الجند، فشهد بعض الجند بذلك.. جازت شهادتهم؛ لأن السرية قوم يحصون، فكانت شهادة على حق نفسه؛ أما الجيش.. فهو جمع عظيم، فلا يعتبر جمعهم مانعاً من الشهادة.

ولو أوصى بشيء من ماله لمسجد حيّه وأنكر ورثته ذلك، فشهد بذلك بعض أهل المسجد [٢٤٨/أ].. جازت شهادتهم.

وكذا لو شهدوا على وقف الجامع أو على أبناء السبيل.. جازت شهادتهم.

واختلفوا في شهادة بعض أهل المسجد:

قال بعضهم: إنه لا تقبل شهادة أهل المسجد.

وقال بعضهم: إنه يجوز هذه الشهادة؛ منهم: الإمام الزاهد أبو بكر، أخرج الرواية من الوقف.

وأما أصحاب المدرسة إذا شهدوا بالوقف على المدرسة.. قال بعضهم: إن كان الشاهد يطلب لنفسه حقاً من ذلك.. لا تقبل شهادته، وإن كان لا يطلب.. تقبل.

وقاسوا على مسألة الشفعة داراً بيعت ولها شفعاء، فأنكر البائع البيع، فشهد بذلك بعض الشفعاء؛ إن كان لا يطلب الشفعة وقال: أبطلت شفعتي.. جازت شهادته.

وإن كان يطلب الشفعة.. لا تقبل شهادته.

وقال مولانا: وعندي هذا بخلاف الشفعة مما يحتمل الإبطال؛ فإذا قال: أبطلت.. بطلت شفعته؛ أما الوقف على المدرسة؛ فمن كان فقيراً من أصحاب المدرسة.. يكون مستحقاً للوقف استحقاقاً لا يبطل بإبطاله؛ فإنه لو قال: أبطلت

حقي.. كان له أن يطلب ويأخذ بعد ذلك، فكان شاهداً لنفسه، فيجب أن لا تقبل شهادته.

وعن بعض المشايخ: إذا شهد اثنان من أهل سكة على وقف تلك السكة؛ إن كان الشاهد يطلب لنفسه حقاً.. لا تقبل شهادته، وإن كان لا يطلب.. تقبل.

* * *

(بَابُ الِاخْتِلَافِ)

(بَابُ الِاخْتِلَافِ)

أطلقه، فشمل: الاختلاف بين الدعوى والشهادة، والاختلاف بين الشاهدين، والاختلاف بين الطائفتين.

وفي هذا الفصل أشار المصنف رحمه الله إلى كلّ من المواضع الثلاثة على على ما ستطلع عليه.

واعلم: أنه ينبغي أن يعلم أولاً أن الموافقة في أي شيء تلزم، حتى يكون الاختلاف في ذلك الشيء مانعاً عن قبول الشهادة؛ ففي «العناية»: إن الموافقة بين الدعوى والشهادة: هو أن يتحدا نوعاً وكماً وكيفاً وزماناً ومكاناً وفعلاً وانفعالاً ووضعاً وملكاً ونسبة؛ فإنه إذا ادعى على آخر عشرة دنانير، وشهد الشاهد بعشرة دراهم، أو ادعى عشرة دراهم وشهد الشاهد بثلاثين، أو ادعى سرقة ثوب أحمر وشهد الشاهد بأبيض، أو ادعى أنه قتل وليه يوم النحر بالكوفة وشُهِد بذلك يوم الفطر بالبصرة، أو ادعى شق زقّه وإتلاف ما فيه وشهد بإنشاقه عنده، أو ادعى عقاراً بالجانب الشرقي من ملك فلان وشهد بالغربي منه، أو ادعى أنه ملكه وشهد أنه ملك ولده، أو ادّعى أنه عبده ولدته الجارية الفلانية [٢٤٨/ب] وشهد بولادة غيرها.. ففي الكل منها لم تكن الشهادة موافقة للدعوى. انتهى.

قلت: ليس مراده أن الموافقة في هذه الأمور كلها بين الدعوى والشهادة شرط في كلّ موضع، بل مراده: أن الموافقة بين الدعوى والشهادة في هذه الأمور شرط في كل موضع يتصور الموافقة فيه في شيء من تلك الأمور، وهذا لأن المدعى به لا يخلو:

إما أن يكون عيناً.

أو قولاً محضاً من العقود؛ كالطلاق والبيع والوكالة والوصاية والرهن والعتاق والدين والبراءة والكفالة والحوالة.

أو يكون فعلاً ملحقاً بالقول؛ كالقرض.

أو يكون قولاً ملحقاً بالفعل؛ كالنكاح.

أو يكون فعلاً محضاً؛ كالجناية والغصب والقتل.

أو يكون فعلاً يتم بالفعل؛ كالهبة والصدقة والرهن .. فإنها تتم بالقبض وهو فعل أيضاً.

أو يكون قذفاً.

ففي الأول: أعني: دعوى العين.. شرطت الموافقة بينهما في كل من الأمور المذكورة.

وفي الثاني: أعني: دعوى ما يكون قولاً محضاً من العقود.. لا يشترط الموافقة فعلاً وانفعالاً، لا وصفاً ونسبة؛ لعدم تصورها فيه.

والحاصل: أن المشروط في كل موضع مما يتصور وجوده فيه من تلك الأمور، وسيأتي تفصيله.

ثم المدعى به إن كان ديناً.. فالمشهود به؛ إما أن يكون موافقاً أو أقل منه أو أكثر.

ففي الأول والثاني: تقبل الشهادة بغير دعوى التوفيق؛ لوجود الموافقة بينهما في الصورتين؛ لأن المطابقة ههنا؛ أعني: بين الدعوى والشهادة أعم من الموافقة والمماثلة، وكون المشهود به أقل من المدعى به على ما في «البحر» نقلاً عن «فتح القدير».

ومن فروع ذلك: ما إذا ادعى ألفاً وخمسمائة، فشهدوا بخمسمائة.. يقضى بخمسمائة من غير دعوى التوفيق؛ للمطابقة بينهما في ذلك الأقل، وكذا لو ادعى ألفاً

وشهدوا بخمسمائة.. يقضى بخمسمائة؛ للمطابقة فيها.

هذا بالاتفاق، بخلاف ما إذا ادعى ألفاً فشهد أحدهما بألف والآخر بخمسمائة؛ حيث لا يقضى فيه بشيء في قول أبي حنيفة؛ لأن عنده اتفاق الشاهدين على المشهود به لفظاً ومعنى شرط، ولم يوجد.

بخلاف ما تقدم؛ لأن ثمة اتفق الشاهدان على خمسمائة، والموافقة بين الدعوى والشهادة لفظاً ليس بشرط عنده.. فتقبل شهادتهما على خمسمائة بلا دعوى التوفيق.

ولو ادعى خمسة عشر، فشهد أحدهما بخمسة عشر، والآخر بعشرة.. لا يقضى [٢٤٩/أ] بشيء عند أبي حنيفة أيضاً؛ لأن «خمسة عشر» كلمة واحدة تذكر بغير حرف العطف، وهي غير العشرة، فلم يتفقا على شيء.. فلا تقبل.

بخلاف ما لو ادعى ألفاً وخمسمائة، فشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة.. فإنه يقضى بالألف؛ لأن ألفاً وخمسمائة يذكر بحرف العطف، فكانت الألف مذكورة في شهادتهما، فيقضى بما اتفقا عليه وهو الألف.

وإن ادعى ألفي درهم، فشهد أحدهما بألف والآخر بألفين.. لم تقبل على قول أبي حنيفة؛ لأن الألف غير الألفين، فلم يتفقا على شيء، كذا في «قاضي خان».

وفي «القنية»: «قع»[1]: ادعى مهر أخته خمسين ديناراً نيسابورية، وشهد شهوده بخمسين محمودية.. تقبل؛ لأنهم شهدوا بالأقل، وعلى العكس.. لا تقبل.

«قع» «ظم»[2]: ادعى النيسابورية، وشهدوا بالمحمودية. لا تقبل.

قال أستاذنا: لعل أنه اعتقد أن المحمودية خير من النيسابورية. انتهى.

يعني: حينئذ تكون الشهادة على الأكثر.. فلا تقبل.

ثم قال فيها: ادعى على آخر ديناً بسبب، وشهدوا بالدين مطلقاً.. تقبل على

(١) «قع» هو رمز القاضي عبد الجبار، والمسألة في مخطوط «القنية» (٣٢٨).

(٢) «ظم»: هو رمز ظهير مرغيناني، والمسألة في مخطوط «القنية» (٣٢٨).

قول أئمة بخارى بأجمعهم، وهو الصحيح، على ما في دعوى «قاضي خان».

وقيل: لا تقبل.

وهكذا ذكره في «المحيط» السرخسي، وأسند القول بعدم القبول إلى الأوزجندي.

وذكر في دعوى «قاضي خان» بعدما صحح قول أئمة بخارى: رجل ادّعى على رجل ألفاً، وقال: خمسمائة منها ثمن متاع قد قبضه، وخمسمائة منها ثمن عبد قد قبضه.. وجاء بشاهدين، فشهد أحدهما على خمسمائة ثمن عبد قد قبضه، وآخر على خمسمائة ثمن متاع قد قبضه.. جازت شهادتهما، فيقضى للمدعي بألف وإن لم يكن على كل خمسمائة إلا شهادة شاهد واحد.

وبشهادة الفرد لا يثبت السبب، وكذا لو شهد أحدهما بالألف بذلك السبب، وشهد الآخر بالألف مطلقاً.

وكذا لو شهد على إقراره بألف بذلك السبب، وشهد الآخر على إقراره بألف مطلق.. جازت شهادتهما. انتهى.

وذكر في «القنية» أيضاً: لو ادعى عليه خمسة دنانير بوزن سمرقند، فشهدوا، فسألهم القاضي عن الوزن فقالوا: بوزن مكة.. تقبل شهادتهم إن كان وزن مكة مثل وزن سمرقند أو أقل، وإلا.. فلا.

وقال الإمام السرخسي في «المحيط»: إذا ادعى رجل على آخر مائة قفيز حنطة بسبب السلم مستجمعاً بشرائطه، وشهد الشهود أن المدعى عليه أقر أن عليه مائة قفيز حنطة ولم يزيدوا عليه، فاختلفوا فيه:

قيل: لا تقبل شهادتهم.

وقيل: تقبل.

والأول: أصح، وهكذا في «الفصولين» أيضاً [٢٤٩/ب].

وإذا شهدوا على الأكثر من المدعى به.. لا تقبل بدون التوفيق، وإلا.. يلزم أن يكذب المدعي شهوده في حق الزيادة، فلا تقبل أصلاً.

وأما إذا وفق.. يزول احتمال التكذيب، فتقبل شهادتهما في قدر المدعى به؛ كما إذا ادّعى ألفاً فشهدا بألف وخمسمائة، أو شهدوا بألفي درهم.. لا تقبل شهادتهما بغير توفيق؛ لتكذيب الشهود في الزيادة.

وأما إذا وفق فقال: كان لي عليه ألف وخمسمائة، إلا أني أبرأته عن خمسمائة، أو قال: استوفيت منه خمسمائة ولم يعلم به الشهود.. تقبل شهادتهم؛ لأنه وفق بين الدعوى والشهادة بأمر يحتمل.

وكذا في الألف والألفين.

وهل يحتاج إلى إقامة البينة في إثبات التوفيق؟

ففي «المحيط» السرخسي و«قاضي خان»: أنه لا يحتاج إلى البينة.

وعلله في «قاضي خان»: بأن الشيء إنما يحتاج إلى إثباته بالبينة إذا كان شيئاً لا يتم به ولا ينفرد بإثباته؛ كما لو ادعى الملك بالشراء، فشهد الشهود بالهبة؛ فإن ثمة يحتاج إلى إثباته بالبينة.

أما الإبراء.. فهو يتم به وحده؛ فلو أقرّ بالإبراء أو الاستيفاء.. صح إقراره، ولا يحتاج إلى إثباته بالبينة، لكن لا بد من دعوى التوفيق استحساناً.

والقياس: أن التوفيق إذا كان ممكناً.. يحمل عليه، وإن لم يدع التوفيق؛ تصحيحاً للشهادة وصيانة لكلامه.

وجه الاستحسان: أن المخالفة بين الدعوى والشهادة ثابتة صورة؛ فإن كان التوفيق مراداً.. تزول المخالفة، وإن لم يكن مراداً.. لا تزول المخالفة، فلا تزول بالشك؛ فإذا ادعى التوفيق.. ثبت التوفيق، وزالت المخالفة.

وذكر الإمام خواهر زاده: أن محمداً شرط في بعض المواضع دعوى التوفيق،

ولـم يشـترط فـي الـبعض، وذاك محمـول علـى مـا إذا ادعـى التوفيـق، أو ذاك جـواب القياس، فلا بد من دِعوى التوفيق.

وكذا لو ادعى خمسمائة، فشهد له الشهود بألف، فقال المدعي: إنما كان لي عليه خمسمائة وقد كانت ألفاً فقبضت منها خمسمائة، وصل الكلام أو فصل.. تقبل شهادتهما على الخمسمائة؛ لوجود التوفيق.

بخلاف ما إذا قال: لم يكن لي عليه إلا خمسمائة، فشهد الشهود على ألف .. فإنها لم تقبل؛ لعدم إمكان التوفيق، كذا في «قاضي خان».

وقال الإمام السرخسي في «المحيط»: إذا ادعى الغريم على صاحب المال أنه أبرأه أو علله، وجاء بشهود شهدوا على إقرار صاحب المال بالاستيفاء؛ فإن القاضي سأل الغريم عن البراءة والتحليل إذا كانت بالإسقاط أو بالاستيفاء؛ فإن قال: كانت بالاستيفاء.. قبلت الشهادة؛ لوجود الموافقة بين [٢٥٠/أ] الدعوى والشهادة.

وإن قال: كانت بالإسقاط.. لا تقبل؛ لتحقق المخالفة.

وإن سكت.. ذكر محمد في «الأصل»: أنه لا يجبر على البيان؛ لأن الإنسان لا يجبر على تحصيل حق نفسه، ولكن لا تقبل شهادة شهوده ما لم يوفق؛ فقد رجع في هذه المسألة في البيان إلى المدعي.

وفيما إذا ادعى الغريم الإيفاء وشهد له شاهدان: أنه أبرأه أو حلله.. ذكر أنه: تقبل شهادتهما، ولم يقل رجع في البيان إلى الشاهدين إن البراءة كانت بالإيفاء أو بالاستيفاء.

وذكر في «القنية» نقلاً عن «محيط البرهاني»: ادعى المديون إيصال الدين، وشهدوا له بالإبراء.. تقبل؛ لاحتمال حصول الإبراء بالاستيفاء.

ولو ادعى المديون الإبراء، وشهدوا أن المدعي صالح المدعى عليه بمال معلوم.. تقبل شهادتهم إن كان الصلح بجنس الحق بحصول الإبراء عن البعض

بالاستيفاء، وعن البعض بالإسقاط.

ثم ذكر الإمام السرخسي عن «نوادر بشر» عن أبي يوسف: رجل ادعى على رجل ألف درهم، وشهد له شاهد بألف درهم، وشهد الآخر بألف وخمسمائة.. فالقاضي يسأل المدعي: أكان لك عليه في الابتداء ألف وخمسمائة واستوفيت خمسمائة، أو أبرأته عن خمسمائة، أو لم يكن عليه من الابتداء إلا الألف درهم، وبنى الحكم على قوله.

ثم ذكر وقال: وإذا شهد شاهدان لرجل بألف درهم، إلا أن أحدهما قال: إنها سود، وقال الآخر: بيض، وللبيض فضل على السود؛ فإن كان المدعي يدعي السود.. لا تقبل شهادتهما أصلاً؛ لكونها على الأكثر، إلا أن يوفق المدعي فيقول: كان لي عليه بيض كما شهد به هذا الشاهد، إلا أنه أبرأته عن صفة الجودة، وعلم به ذلك الشاهد؛ فإذا وفق على هذا الوجه.. تقبل شهادتهما على السود.

وإن كان يدعي البيض.. تقبل شهادتهما على السود.

وكذلك هذا الحكم في جميع المواضع في الجنس الواحد إذا اتفقا على قدر أو وصف واختلفا فيما زاد على ذلك القدر أو الوصف.. تقبل الشهادة فيما إذا اتفقا عليه إن ادّعى المدعي أفضلهما، وإن ادعى أقلهما.. لا تقبل شهادتهما أصلاً؛ إلا أن يوفق.

وأما إذا اختلف الجنس.. لا تقبل شهادتهما إذا اختلفا كيفما اختلفا؛ بأن شهد أحدهما كر حنطة مثلاً، والآخر على كر شعير، وكذا لو شهد أحدهما بمائة، وشهد آخر بمائة وخمسين إن كان المدعي يدعي بمائة.. لا تقبل الشهادة أصلاً، إلا أن يوفق.

وإن كان يدعي مائة وخمسين.. تقبل على مائة.

وفي «العيون»: شهد [٢٥٠/ب] الرجل على آخر بألف درهم، وقالا: إنه قضاه

خمسمائة، وقال الطالب: لي عليه ألف، وما قضاني شيئاً، وشهودي صدقوا في الشهادة على الألف، وأوهموا في الشهادة على القضاء.. تقبل شهادتهما إن عدلا.

ولو قال: شهادتهما بألف حق، وبالقضاء باطل وزور.. لا تقبل شهادتهما.

ولو شهدا على رجل بألف درهم، والمدعي يدعي ذلك، وشهدا أيضاً للمدعى عليه على المدعي بمائة دينار، والمدعي ينكر ذلك.. قبلت شهادتهما، هكذا ذكره الإمامان السرخسي وقاضي خان.

وذكر في «القنية» بعلامة «قع»: ادعى المديون الإيصال إلى الدائن متفرقاً، وشهد شهوده بالإيصال مطلقاً أو جملة.. لا تقبل.

وعنه أيضاً: ادعى على آخر ديناً ولمورثه، فأقر بالدين وقال: أخذ مورثك مني تابوتاً عن هذا الدين، فشهد له أحد الشاهدين على وفق دعواه، وشهد الآخر على إقرار الميت بأخذ التابوت عن الدين.. تقبل.

ولو لم يقولوا عن الدين.. لا تقبل.

ثم قال فيها: ولو ادعى المديون قضاء دينه وهو ألف، فشهدوا له أنه أعطى لرب الدين ألفاً، ولم يقولوا عن الدين.. ففيه اختلاف المشايخ.

والحاصل: أن كل موضع يكون المشهود به فيه أكثر من المدعى به.. لا بد فيه من دعوى التوفيق في قبول الشهادة، وإلا.. فلا.

هذا فيما إذا كان المدعى به ديناً.

وأما إذا كان المدعى به ملكاً.. فلا يخلو أيضاً أن يكون المشهود به موافقاً له أو أقل منه أو أكثر.

ففي الأول والثاني: تقبل بغير دعوى التوفيق؛ كما في كون المدعى به ديناً بعينه، كما إذا ادعى كل الدار، فشهدوا له بكله أو بنصفه.. جازت شهادتهم ويقضى له بكله في الأول، وبنصفه في الثاني، من غير حاجة إلى التوفيق.

وكذا لو ادعى داراً في يد رجل أنها له، وشهد الشهود أنه اشتراه من الذي في يديه.. جازت شهادتهم؛ لأنه لما ادعى ملكاً مطلقاً.. فقد ادعى الملك في الحال وفيما مضى، والشهود إذا شهدوا بالشراء.. فقد شهدوا له بالملك في الحال، فكانت شهادتهم بأقل مما ادعى، وما شهدوا به يصلح بياناً كما ادعاه المدعي؛ فإنه لو قال: ملكي لأني اشتريتها من ذي اليد.. يصح، ويكون آخر كلامه بياناً للأول.

بخلاف ما إذا ادعى المدعي أولاً النتاج، وشهد الشهود أنها له اشتراها من ذي اليد.. لا تقبل.

إلا أن يوفق فيقول: نتجته في ملكي، إلا أني بعتها منه، ثم اشتريتها، فما لم يدع التوفيق على هذا الوجه.. لا تقبل؛ لأن [٢٥١/أ] دعوى النتاج على ذي اليد لا تحتمل دعوى ملك ملك حادث من جهته؛ فإنه لو قال: هذه الدابة ملكي بالنتاج من جهة ذي اليد.. لا يصح كلامه، فلا يمكن أن يجعل آخر كلامه بياناً للأول، فلا تقبل الشهادة بدون التوفيق.

ولو ادعى أنه له ورثه من أبيه، وجاء بشهود فشهدوا أنه له ولأخيه الغائب ميراث عن أبيه.. جازت شهادتهم؛ لأنهم شهدوا له بأقل مما ادعى؛ كذا في «قاضي خان».

وقال الإمام السرخسي في «المحيط»: إذا ادعى المدعي الملك لنفسه مطلقاً، وشهد الشهود له بالسبب.. فالقاضي يقبل شهادتهم، ولكن ينبغي للقاضي أن يسأل المدعي: أنه يدعي الملك بهذا السبب الذي شهد به الشهود أو يدعيه بسبب آخر؟

إن قال: أدعيه بهذا السبب.. فالقاضي يقبل شهادة شهوده ويقضي له بالملك بهذا السبب.

وإن قال: أدعيه بسبب آخر، أو قال: لا أدعيه بهذا السبب.. فالقاضي لا يقضي له شهوده بالملك.

وأما في الثالث؛ أعني: كون المشهود به أكثر من المدعى به في دعوى الملك.. فلا تقبل الشهادة فيه بغير دعوى التوفيق؛ كما إذا ادعى داراً في يد رجل أنها له اشتراها من فلان غير ذي اليد، وهو يملكها، فشهد الشهود: أنها له.. لا تقبل شهادتهم؛ لأن المدعي ادعى ملكاً حادثاً لا يظهر في حق الزوائد، والشهود شهدوا بملك مطلق، والملك المطلق يظهر في حق الزوائد، وفي رجوع الباعة بعضهم بعضاً، فصار كأنهم شهود بالزوائد نصاً.. فلا تقبل شهادتهم، هكذا ذكره «قاضي خان».

ثم ذكر وجهاً آخر عزواً إلى «إشارات محمد»، وهو: أن المدعي أقر بالملك لمن ادعى الشراء منه، ثم ادعى الانتقال إلى نفسه بالشراء منه، ولم يثبت الانتقال؛ لأنهم لم يشهدوا بالانتقال.. فلا تقبل شهادتهم.

وقال في «الأقضية»: الشهادة بالملك المطلق إذا كان الدعوى بسبب كالشراء: إنما لا تقبل إذا كان دعوى الشراء عن رجل معلوم وهو فلان بن فلان؛ أما إذا قال: اشتريته من رجل مجهول.. تقبل الشهادة على الملك المطلق.

وقيل: لا تقبل وإن ادعاه من مجهول؛ لأن هذا شهادة بزيادة ما يدعيه.. فلا تقبل.

وقال الإمام السرخسي في «المحيط»: إذا ادعى ملكاً بسبب الشراء من الآخر، أو الإرث عن أبيه وما أشبه ذلك وأقام البينة على الملك المطلق.. لا تقبل إن ادعى الشراء من رجل معروف [٢٥١/ب]، وإن ادعى الشراء من رجل مجهول، ثم أقام البينة على الملك المطلق.. تقبل.

وفي «البزازية»: ادعى الشراء من معروف ونسبه إلى أبيه وجده، لكن ادعى الشراء مع القبض، وشهدوا بالملك المطلق.. تقبل.

وفي «المحيط» السرخسي: قال بعضهم: لا تقبل.

ففي هذه المسائل كلها لا تقبل الشهادة على الأكثر ما لم يثبت التوفيق فيما أمكن التوفيق فيه، وإلا.. فلا تقبل مطلقاً.

ولو ادعى أن هذه الدار له إلا هذا البيت، فشهد الشهود أن جميع الدار له.. لا تقبل شهادتهم، إلا إذا وفق بأن يقول: كان كل الدار لي، إلا أني بعت هذا البيت منه ولم يعلم الشهود به.. فحينئذٍ تقبل شهادتهم.

ولا يحتاج فيه إلى إثبات التوفيق بالبينة؛ لأنه أقر على نفسه بزوال البيت عن ملكه.

وعلى جواب القياس: أنه يحمل على التوفيق وإن لم يدع التوفيق؛ لأنه ممكن، فيحمل عليه بلا دعوى.

ولو ادعى داراً في يد رجل أنها له اشتراها من فلان غير ذي اليد، فشهدوا أن فلاناً ذلك وهبها له وقبض وهو يملكها.. لا تقبل، حتى يوفق بأن يقول: اشتريتها منه فجحدني، ثم وهبها لي بعد ذلك، وأقام البينة على ذلك.. قبلت شهادتهم.

ولا تقبل قبل التوفيق؛ لوجود المخالفة صورة ومعنى:

أما صورة: فظاهر.

وأما معنى: فلأن الملك الحاصل بالهبة غير الملك الحاصل بالشراء؛ لأن الهبة تفيد الملك بغير عوض ولا خيار رؤية وعيب، والشراء يثبت جميع ذلك، وهذا التوفيق وإن كان محتملاً، إلا أن هذا النوع من التوفيق لا يثبت من غير دعوى؛ لأنه يحتاج إلى نقض ما ادعاه أولاً، وإلى إثبات عقد شهده الشهود، فيكون في الحمل على هذا الوجه إنشاء الخصومة، والقاضي نصب لقطع الخصومة لا لإنشائها.

وهذا النوع من التوفيق كما لا يثبت بدون الدعوى.. لا يثبت أيضاً بمجرد الدعوى بلا بينة، بخلاف ما تقدم؛ لأن ههنا أقرَّ بالملك لغيره، ثم ادعى الهبة،

شُرِطَ مُوَافقَةُ الشَّهَادَةِ الدَّعْوَى، ....

ودعوى الهبة دعوى على الغير، وليس بإقرار على نفسه، والدعوى لا تثبت إلا بالبينة، بخلاف الإبراء ونحو ذلك، وسيأتي تمام هذا في أثناء الشرح.

(**شرط موافقة الشهادة الدعوى**)، وذكر في «البحر»: أن المراد بالموافقة ههنا: هي المطابقة، أو كون المشهود به أقل من المدعى به، كذا في «فتح القدير».

وهذا لأن الشهادة لو كانت على الأقل.. قبلت كما كانت مطابقة للدعوى، بخلاف ما إذا كانت على الأكثر؛ حيث لا تقبل على ما ذكرناه، وسيأتي [٢٥٢/أ] في الكتاب أيضاً، ولهذا المعنى عمَّم الموافقة للمعنيين.

أطلق الموافقة ههنا ولم يقيدها باللفظ والمعنى كما قيدها في الموافقة بين الشاهدين؛ إشارة إلى أن المطابقة لفظاً بين الدعوى والشهادة ليست بشرط، بل الموافقة معنى كافية هنا، على ما صرح به «قاضي خان».

وهذا لأن المطلق ينصرف إلى الكامل، والمطابقة الكاملة في المعنى، فينصرف إليه، ولهذا قالوا: لو ادعى الغصب أو القتل، فشهد بإقرار المدعى عليه بذلك.. تقبل.

ولو شهد أحدهما بالغصب أو القتل، والآخر بالإقرار به.. لا تقبل، كذا في «الزيلعي» وغيره.

ثم الموافقة بين الدعوى والشهادة: إنما شرطت فيما كانت الدعوى شرطاً في قبول الشهادة كما في حقوق العباد.

وأما فيما لا تكون الدعوى شرطاً في قبولها كما في حقوق الله مثل الشهادة على الطلاق والعتق والوقف ونحوها على ما قدمناه.. فلا يشترط فيه الموافقة، على ما صرح به في «البحر».

ولهذا لو ادعى الطلاق وشهدوا على الخلع.. تقبل.

والحاصل: أن الشاهدين إذا شهدا على طبق المدعى به أو على الأقل منه..

تقبل بلا دعوى التوفيق؛ سواء كان المدعى به ديناً أو عيناً على ما قدمناه؛ لوجود المطابقة المعتبرة هنا.

وإذا شهدا على الأكثر منه.. لا تقبل بدون التوفيق، وله فروع ذكرنا بعضها، ولنذكر بعضاً آخر منها في أثناء الشرح.

ومن هنا ظهر ضعف ما في «الأشباه»؛ حيث قال: الشهادة إن وافقت الدعوى.. قبلت، وإلا.. فلا، إلا في مسائل:

ادعى ديناً بسبب، فشهدا بالمطلق.. تقبل لو كان المشهود به أقل.

ادعى أنه تزوجها، فشهدا أنها منكوحته.

ادعى ملكاً مطلقاً بلا تاريخ، فشهدا به بتاريخ.. تقبل على المختار.

ادعى أنشأ فعل الغصب وقتل، فشهدا بالإقرار به.

ادعى ألفاً كفالة عن فلان، فشهدا به كفالة عن آخر.

ادعى ملك عين بالشراء من رجل بعينه، فشهدا بالمطلق.

ادعى ملكاً مطلقاً، فشهدا بسبب، وقال المدعي: هو لي بذلك السبب.

ادعى الإيفاء، فشهدا بالإبراء والتحليل.

ادعى الهبة، فشهدا بالصدقة. انتهى.

ووجه الضعف: أنه لا استثناء في الحقيقة عن تلك القاعدة؛ سوى ما كان الدعوى في حقوق الله تعالى من العتق والبطلان ونحوهما، بل كل موضع لا تقبل فيه الشهادة للاختلاف بينها وبين الدعوى ولكون الشهادة فيه على الأكثر من المدعى به بدون التوفيق، وكلّ موضع [٢٥٢/ب] تقبل فيه الشهادة مع صورة المخالفة فيه بينهما.. فلكونها شهادة على الأقل، أو لوجود التوفيق فيه.

فَلَو ادّعى دَاراً شِرَاءً أَو إِرْثاً وشهدا بِمِلْكٍ مُطلق.. ردَّتْ.

ثم اعلم: أن ابن نجيم جعل المستثنيات عن القاعدة المذكورة في شرحه على «الكنز» ثلاث وعشرين مسألة، عشر منها ما ذكره في «الأشباه» والباقي مذكور في ذلك الشرح.

ثم قال: وفي الحقيقة: لا استثناء يعرف بالتأمل، وبيّن وجه عدم الاستثناء كما ذكرناه.

وقال في «المحيط»: عبد في يد رجل يزعم أنه ملكه، فادعى العبد عليه أنه أعتقه، وشهد الشهود أنه حر الأصل.. لا تقبل.

وكذا لو ادعى العبد أنه حر الأصل، وشهد الشهود على العتق.. لا تقبل.

وقيل: إذا ادعى أنه حر الأصل وشهد الشهود على العتق.. تقبل، وعلى العكس.. لا تقبل.

وقيل: تقبل في الوجهين جميعاً. انتهى.

وقال في «الفصولين»: ادعى أن مولاي أعتقني، وشهد أنه حرّ.. ترد؛ لأنه يدعي حرية عارضة، وشهدا بحرية مطلقة، فتصرف إلى حرية الأصل، وهي زيادة على ما ادعاه.

وقيل: تقبل؛ لأنهما لما شهدا أنه حر.. شهدا بنفس الحرية، وفيه نظر؛ لأنه لا يندفع به ما مر من دليل الرد.

أقول: الوجه فيه: أنهما لم يتعرضا في شهادتهما بسبب الحرية، وإنما شهدا به من غير ذكر سبب، وإنه لا ينافي دعواه، فتكون مطابقة للدعوى، ولا يحمل على حرية الأصل؛ لأنه حمل بعيد، ويتم الوجه بهذا.

والأمة لو ادعت أن فلاناً أعتقني، وشهدا أنها حرة.. تقبل الدعوى، ليست بشرط هنا.

(**فلو ادعى داراً شراءً أو إرثاً، وشهدا بملك مطلقاً.. ردت**) الشهادة؛ لما ذكرناه

آنفاً من أن المدعي ادعى ملكاً حادثاً لا يظهر في حق الزوائد، والشهود شهدوا بملك يظهر في حق الزوائد، وفي الزمان السابق، وفي رجوع الباعة بعضها بعضاً.. فكانت شهادتهم على الأكثر، فلا تقبل بدون التوفيق.

ومن أن المدعي أقر بالملك لمن ادعى الشراء منه، ثم ادعى الانتقال إلى نفسه بالشراء منه ولم يثبت الانتقال بشهادتهم؛ لأنهم لم يشهدوا بالانتقال.

وعلى الوجهين: لا يمكن التوفيق.. فلا تقبل.

أما على الأول: فلأن المدعى بدعوى الحدوث في الملك نفي الملك في القديم، والشاهد يشهد، بخلاف الدعوى.. فلا تقبل.

وأما على الثاني: فلأنه بدعوى الملك بطريق الانتقال من الغير نفي الملك المطلق، والشاهد شهد بخلافه.. فلا تقبل.

ولا يخفى عليك أن الشهادة على الملك المطلق إذا كانت الدعوى بسبب الشراء إنما لا تقبل إذا كانت دعوى الشراء عن رجل معلوم وهو فلان بن فلان.

وأما إذا قال: اشتريته [٢٥٣/أ] عن مجهول مثل محمد.. فقد قيل: تقبل الشهادة فيه.

وقيل: لا تقبل مطلقاً.

ولهذا الخلاف ترك رحمه الله هذا القيد.

والمصنف جعل دعوى الإرث مثل دعوى الشراء، على ما اختاره السرخسي.

وقيل: إن دعوى الإرث مثل دعوى الملك المطلق، واختاره في «البزازية».

ثم ما ذكره في الشراء فيما إذا لم يدّع القبض مع الشراء؛ فإن ادّعاهما معاً فشهدوا على المطلق.. تقبل على ما في «الخلاصة» و«البزازية».

ثم ما ذكره المصنف ههنا مما لا يمكن التوفيق فيه، وقد ذكرنا بعض ما يمكن التوفيق فيه، ولنذكر بعضاً آخر هنا:

لو ادعى داراً في يد رجل أنها كانت لأبيه فلان مات وتركها ميراثاً له منذ سنة، فشهدوا أنه اشتراها من الذي في يديه منذ سنتين.. لا تقبل هذه الشهادة، إلا أن يوفق ويقول: اشتريتها من ذي اليد منذ سنتين كما شهدوا، ثم بعتها من أبي، ثم مات فورثتها منه؛ فإذا وفق على هذا الوجه.. تقبل الشهادة ويقضى له، ولا يثبت هذا التوفيق ما لم يشهد الشهود بالبيع من أبيه؛ لأن دعوى البيع من أبيه دعوى على الأب.. فلا تثبت إلا ببينة.

وكذا لو ادعى الإرث أولاً، فشهد الشهود بالهبة أو الصدقة مكان الشراء.. لا تقبل ما لم يوفق.

عبد في يد رجل، ادعى رجل آخر أن الذي في يديه تصدق به عليه منذ سنة وقبضه، فشهدوا أنه اشتراه من ذي اليد منذ سنتين.. لا تقبل، إلا أن يوفق فيقول: اشتريته منه منذ سنتين، ثم بعته منه، ثم تصدق به علي منذ سنة؛ فإذا وفق على هذا الوجه فشهد الشهود بالبيع منه، ثم بالصدقة.. يقضى له.

ولو ادعى أولاً الشراء من ذي اليد منذ سنة، فشهدوا بالصدقة منذ سنتين.. لا تقبل، إلا أن يوفق فيقول: تصدق به علي منذ سنتين وقبضته، ثم بعته منه منذ سنة، ثم اشتريته، وشهد الشهود له بذلك.. تقبل.

ولو ادعى الصدقة منذ سنة، فشهد شهوده أنه اشتراه منه منذ شهر.. لا تقبل، إلا أن يوفق فيقول: تصدق به علي منذ سنة وقبضته، ثم وصل إليه بسبب من الأسباب وجحد الصدقة فاشتريته منه منذ شهر؛ فإذا وفق على هذا الوجه وأثبت بالبينة.. تقبل.

ولو ادعى ميراثاً عن أبيه منذ سنة، وشهد الشهود أنه اشتراه من ذي اليد بعدما قام من عند القاضي.. لا تقبل؛ فإن وفق فقال: جحدني الميراث، فاشتريته منه الآن.. قبلت بينته [٢٥٣/ب]، لكن إذا أعاد البينة على ذلك؛ لأن الشراء من ذي اليد دعوى على ذي اليد، فلا يثبت بدون البينة، والشهادة الأولى قامت قبل الدعوى.. فلا تعتبر.

ولو ادّعى أمة في يد رجل وقال: اشتريتها منه بعبدي هذا منذ شهر، فشهدوا أنه اشتراها منه بألف منذ قام من عند القاضي.. لا تقبل، إلا أن يوفق فيقول: اشتريتها بالعبد منذ شهر ثم جحدني، فاشتريتها منه بألف درهم بعد ذلك؛ فإذا وفق على هذا الوجه وأعاد البينة على الشراء بألف.. تقبل.

ولو ادّعى أوّلاً أنه اشتراها منه بالعبد منذ شهر، وشهد أنه اشتراها منه منذ سنة أو قبل ذلك.. لا تقبل؛ لمكان التناقض، إلا أن يوفق فيقول: اشتريتها منه منذ سنة كما شهدوا به، ثم بعتها منه، ثم اشتريتها منذ شهر؛ فإذا وفق على هذا الوجه وشهدوا بالبيع والشراء بعد ذلك.. يصح التوفيق، ويقضى له. الكل في «قاضي خان».

وفي «الخلاصة» و«البزازية»: ادعى ملكاً مطلقاً مؤرخاً، والشهود شهدوا على الملك من غير تاريخ.. لا تقبل، ولو كان على العكس؛ بأن ادعى المدعي بلا تاريخ، والشهود شهدوا مع التاريخ.. تقبل على المختار.

وقيل: لا تقبل.

فيه أيضاً: ولو ادعى ملكاً بسبب الشراء مؤرخاً، والشهود شهدوا على الشراء دون التاريخ.. تقبل، وعلى العكس.. لا تقبل.

ولو شهدوا على التاريخ أيضاً، لكن على تاريخ أكثر من تاريخ المدعي.. لا تقبل، وعلى الأقل من تاريخ المدعي.. تقبل.

وهل يضرّ الخطأ فيما لا يحتاج إليه؟

ففي «الأشباه»: الشاهد إذا ذكر ما لا يحتاج إليه وأخطأ فيه.. لا يضر.

وقال في «البزازية»: سأل الإمام السفدي عمن ادّعى أرضاً وذكر حدودها وقال: يبذر فيها خمسون مكيالاً، والشهود أيضاً ذكروا الحدود كذلك وقالوا: يبذر فيها خمسون مكيالاً، وأصاب الكل في الحدود، لكن لا يسع فيها إلا عشرة مكاييل..

وَفِي عَكسه.. تقبلُ.

قال: تقبل؛ لأن ذكر المقدار لا يحتاج إليه بعد ذكر الحدود، وذكر ما لا يحتاج إليه وعدمه سواء.

قيل له: أجاب فلان بخلافه، فقال: أخطأ، والصحيح ما قلت.

وقيل: المسألة على التفصيل؛ إن شهدوا بحضرة الأرض وأشاروا إليها وأخطؤوا في مقدار ما يبذر.. تقبل وهو الوصف، وإن شهدوا بغيبة الأرض.. لا؛ لأن الشهادة بملك موصوف والوصف معدوم.

والأشبه: عدم القبول مطلقاً؛ لأنهم إما مخطئون أو كاذبون في الشهادة، وعدم كونه محتاجاً إليه.. لا يدفع الخلل،

ألا ترى أن الشاهد بالملك [٢٥٤/أ] المطلق إن أطلق بناء على اليد والتصرف.. يسوغ له ذلك وتقبل، وإن بين أنّ شهادته بناء على الرؤية.. لا تقبل، وإن كان ذكر المطلق غير محتاج. انتهى.

وهل يضر التناقض والاختلاف فيما لا يحتاج إليه؟

ففي «البزازية»: إنهما لا يضران، قال: لو سأل القاضي عن اللون فذكروا، ثم شهدوا عند الدعوى وذكروا لوناً آخر.. تقبل، والتناقض فيما لا يحتاج إليه لا يضر.

أصله في «الجامع الصغير»: اختلفا في لون الدابة في دعوى سرقة.. تقبل عنده؛ لأنه كالسكوت عن ذكر اللون، ولو اختلفا في الذكورة والأنوثة.. لا تقبل بالإجماع.

وفي الغصب: لو اختلفا في لون الدابة.. يمنع إجماعاً. انتهى.

(وفي عكسه تقبل)؛ أي: ادّعى ملكاً مطلقاً وشهدوا على الملك بالشراء أو الإرث.. تقبل؛ لأن دعوى الملك في القديم لا ينافي الملك في الزمان الحادث بعده، فالشاهد لم يشهد، بخلاف المدعي، بل إنما شهد ببعض ما ادّعاه، وذلك لا يمنع قبول الشهادة؛ لما تقدم: «من أن الموافقة بين الدعوى والشهادة أعم من المطابقة وكون المشهود به أقل من المدّعى به».

أطلق رحمه الله، وذكر في «الخلاصة» عزواً إلى «الأجناس» في هذه المسألة: أن القاضي يسأل المدعي أن الملك لك بهذا السبب الذي شهدوا أو بسبب آخر؟

إن قال: بهذا السبب.. يقضى بالملك بهذا السبب الذي شهدوا.

وإن قال: بسبب آخر.. لا يقضى بشيء أصلاً.

والحاصل: أن الشهادة على الأقل من المدعى به.. تقبل بلا توفيق، والشهادة على الأكثر منه.. لا تقبل بلا توفيق؛ لأن فيه تكذيب الشاهد، وكل موضع يكذب المدعي الشاهد.. لا تقبل الشهادة فيه.

ولهذا قال في «الفصولين» وغيره: لو ادّعى نتاجاً فشهدا بمطلق الملك.. تقبل، وفي عكسه.. لا تقبل.

وعللوه: بأن دعوى المطلق دعوى أولية الملك على سبيل الاحتمال، وشهادة النتاج شهادة أولية الملك على سبيل اليقين؛ فقد شهدوا في الأول على الأقل.. فقبلت، وفي الثاني على الأكثر.. فلم تقبل.

وقد تقدم آنفاً: أنه لو ادّعى نتاجاً وشهدا على الملك بسبب الشراء ونحوه.. لا تقبل ما لم يوفق.

وقال في «الفصولين»: لو ادعى ملكاً مطلقاً وشهدا أنه ورثه من أبيه ولم يتعرضا للملك في الحال، أو شهدا أنه شراه من فلان ولم يتعرضا لملكه في الحال؛ بأن لم يقولا: هو ملكه في الحال.. تقبل.

ولكن للقاضي أن يسأل شهوده: «هل تعلمون أنه خرج من ملكه؟».

وكذا لو ادعى: «أنها امرأتي أو منكوحتي» [٢٥٤/ب] وشهدا أنه كان تزوجها ولم يتعرضا للحال.. تقبل.

وإن ادعى داراً بيد رجل، فشهدا أنه كان في الماضي بيد المدعي.. لا تقبل في ظاهر الرواية؛ لأنهما شهدا بيده في الماضي، وقد عرفت الخروج من يده بيقين،

وَكَذَا شُرِطَ اتِّفَاقُ الشَّاهِدين لفظاً وَمعنىً، ....

بخلاف ما إذا شهدوا بملك في الماضي.. فإنها تقبل؛ إذ لم يعلم بيقين خروجه عن ملكه.

وعن أبي يوسف: أنها تقبل في الأول أيضاً.

ولو شهدا بإقرار المدعى عليه أنه كان بيد المدعي.. تقبل.

ولو ادعى ملكاً في الماضي وشهدوا به في الحال؛ قيل: تقبل، وقيل: لا، وهو الأصح.

وكذا لو ادعى أنه كان له، وشهدا أنه كان له.. لا تقبل؛ لأن إسناد المدعي يدل على نفي الملك في الحال؛ إذ لا فائدة للمدعي في الإسناد مع قيام ملكه في الحال، بخلاف الشاهدين لو أسندا ملكه إلى الماضي؛ لأن إسنادهما لا يدل على النفي في الحال؛ إذ لهم فائدة سوى النفي في الحال، وهي: أن يشهدا بما عاينا من ملكه بيقين، ولا يشهدا انتفاءه في الحال؛ لأنهما لا يعرفان بقاءه إلّا بالاستصحاب، والشاهد قد يحترز عن الشهادة مما يثبت بالاستصحاب الحال؛ لعدم تيقنه، بخلاف المالك؛ لأنه كما يعلم ثبوت ملكه يقيناً.. يعلم يقيناً بقاءه.

قلت: ومن هنا قالوا: لو ادعى ملكاً في الحال وشهدا أنه كان ملكاً.. تقبل؛ لأن إسنادهما إلى الماضي لا يدل على النفي في الحال، وما يثبت في زمان.. يحكم ببقائه ما لم يوجد المزيل.

واعترض عليه: بأن هذا عمل بالاستصحاب، وهو عمل بالظاهر، والظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق، وكلامنا في الاستحقاق لا في الدفع، فينبغي أن لا تقبل شهادته.

(**وكذا شرط اتفاق الشاهدين لفظاً ومعنىً**)، قال في «العناية»: الموافقة بين شهادة الشاهدين شرطُ قبولها، كما كانت شرطاً بين الدعوى والشهادة، لكنهم

فَلَا تقبلُ لَو شَهِدَ أَحدُهُمَا بِأَلِفٍ، أَو مائَةٍ، أَو طَلْقَةٍ، وَالْآخرُ بِأَلفَيْنِ، أَو بمائتين، أَو بطلقتين أَو ثَلَاثٍ.

وَعِنْدَهُمَا: تُقبلُ على الْأَقَلِّ.

اختلفوا في أنها شرط من حيث اللفظ والمعنى لا من حيث المعنى فقط، فذهب أبو حنيفة إلى الأول، وصاحباه إلى الثاني.

وأما الموافقة من حيث المعنى.. فشرط بلا خلاف، واختلاف اللفظ من حيث الترادف لا يمنع بلا خلاف، حتى لو شهد أحدهما بالهبة، والآخر بالعطية، أو أحدهما بالنكاح والآخر بالتزويج.. فهو مقبولة.

وأما اختلافهما من حيث يدل بعضه على مدلول البعض الآخر بالتضمن، وهو محل الخلاف.. فقد نفاه أبو حنيفة، وجوّزه صاحباه.

فظهر منه: أن المراد باتفاقهما لفظاً: عند تطابق لفظهما على إفادة المعنى بطريق الوضع [٢٥٥/أ] لا بطريق التضمن واللزوم.

ولا يخفى عليك أن الموافقة لفظاً بهذا المعنى إنما هي شرط بين الشاهدين لا بين الدعوى والشهادة، وإنما الشرط بينهما: هو الموافقة معنى فقط، ولهذا قالوا: لو ادعى الغصب أو القتل وشهدا بالإقرار به.. تقبل؛ لوجود الموافقة معنى.

ولو شهد أحدهما بالغصب أو القتل، والآخر بالإقرار به.. لا تقبل؛ لعدم الموافقة لفظاً.

(**فلا تقبل لو شهد أحدهما بألف أو مائة أو طلقة و**) شهد (**الآخر بألفين وبمائتين أو بطلقتين أو ثلاث**)، هذا عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: تقبل على الأقل**)؛ يعني: إذا كان المدعي يدّعي الأكثر وهو دين.. تقبل على الأقل؛ لأنهما اتفقا على الأقلّ، وتفرد أحدهما بالزيادة، فثبت المتفق عليه دون ما تفرّد أحدهما؛ لعدم الشهادة الكاملة في تلك الزيادة؛ كما في المسألة الآتية الاتفاقية.

وَلَو شهدَ أَحدهُمَا بِأَلِف، وَالْآخرُ بِأَلِف وَمِائَةٍ وَالْمُدَّعِي يَدّعِي الْأَكْثَرَ.. قُبِلَتْ على الْأَلِفِ اتِّفَاقاً.

وَكَذَا: مائَةٌ، وَمِائَةٌ وَعشرَةٌ.

وطلقةٌ وطلقةٌ وَنصفٌ.

بخلاف ما إذا ادعى المدّعي الأقل، وشهد أحدهما بألف أو مائة، والآخر بألفين أو مائتين.. لا تقبل بالاتفاق، على ما في «الخلاصة» و«البزازية».

ولأبي حنيفة: أنهما اختلفا لفظاً؛ لأن أحدهما مفرد والآخر تثنية، واختلاف الألفاظ إفراداً وتثنية يدل على اختلاف المعنى؛ فإن لفظ المفرد لا يعبر به عن التثنية أصلاً، ولا عن المفرد بالتثنية، ولكل واحد منهما شاهد واحد.. فلا تقبل؛ لعدم نصاب الشهادة، فصار اختلافهما هذا كاختلافهما في جنس المال.

شهد أحدهما بكرّ شعير والآخر بكر حنطة؛ **فإن قيل**: الأقل موجود في الأكثر.. فاتفقا على الأقل؛ فلو لم تقبل على الأقل مع كونه متفقاً عليه.

قلنا: نعم، إلا أن الأكثر لم يثبت بكون الشاهد عليه واحداً حتى يثبت ما في ضمنه، بخلاف ما إذا ادّعى المدعي الأكثر وشهدا معاً على الأقل؛ حيث ثبت فيه الأقلّ؛ لاتفاقهما على الأقل فصلاً، ولم تكن الشهادة مخالفاً للدعوى - على ما تقدم بيانه - فتقبل.

وبخلاف المسألة الآتية المتفق عليها على ما سيأتي.

وبخلاف ما إذا قال الزوج لها: طلقي نفسك ثلاثا، فطلقت واحدة؛ حيث وقعت واحدة، أو قال لها: أنت طالق ألفاً؛ حيث تقع ثلاث؛ لأن الأكثر في ذلك ثابت، فيتضمن الأقل.

(ولو شهد أحدهما بألف، والآخر بألف ومائة) بالعطف **(والمدعي يدعي الأكثر.. قبلت على الألف اتفاقاً)**؛ لاتفاق الشاهدين على الألف لفظاً ومعنى؛ لقضية العطف؛ لأن العطف يقرّر المعطوف عليه.

(وكذا مائة ومائة وعشرة وطلقة) [٢٥٥/ب] وطلقة **(ونصف)** يعني: شهد

أحدهما: بمائة، والآخر بمائة وعشرة بالعطف، وكذا طلقة ونصف، والمدعي يدّعي الأكثر.. قبلت على الأقل؛ لقضية العطف أيضاً، بخلاف ما إذا شهد أحدهما بعشرة والآخر بخمسة عشر؛ لأنه ليس بينهما حرف عطف، فصارا متباينين كالألف والألفين، على ما تقدم.

وبخلاف ما إذا ادّعى المدعي الأقلّ وقال: لم يكن لي إلّا الأقل، أو سكت عن قوله: «إلا الأقل».. فأنه يبطل شهادة الأكثر؛ لتكذيبه المدّعي، فلم يبق له إلا شاهد واحد.. فلا يقبل، إلا إذا صرح التوفيق بأن قال: أصل حقي ألف ومائة، لكن استوفيت مائة وأبرأته عنها، فلم يعلم الشهود ذلك.. فإنه حينئذ قبلت؛ للتصريح بالتوفيق، فصار أحوال من يدّعي الأقلّ عند اختلاف الشاهدين ثلاثة:

التكذيب، والسكوت، والتوفيق.

وجواب الأولين: بطلان الشهادة دون الثالث.

وهل يحتاج إلى البينة في إثبات هذا التوفيق؟

وقد تقدم أنه لا يحتاج إليه.

شهدا بألف درهم وقال أحدهما: بيض، والآخر: سود، وللبيض فضل على السود، أو شهدا بكر حنطة فقال أحدهما: جيد، وقال الآخر: رديء، أو شهد أحدهما بألف وعبد، والآخر بألف وعبد ودار.. لا تقبل إن ادّعى المدعي الأقلّ، وإن ادّعى أفضلهما.. قضى بالأقلّ. كذا في «الخلاصة».

والحاصل: أن الشاهد على الأكثر لا يخلو؛ إما أن شهد عليه بحرف العطف، أو بغير حرف العطف.

وعلى الثاني: إن ادّعى المدعي الأقلّ.. لا تقبل بالاتفاق، وإن ادّعى الأكثر.. لا تقبل عند أبي حنيفة، وتقبل عندهما.

وعلى الأول: إن ادّعى المدعي الأكثر.. تقبل بالاتفاق، وإن ادّعى الأقل.. لا تقبل بالاتفاق.

وهذا - أي: التفصيل المذكور - في أن المدعي إن ادعى الأقل فكذا، أو الأكثر فكذا.. فيما إذا لم يدّع المدعي عقداً، بل ادّعى مالاً، وإن ادّعى عقداً.. فهي في ثمان مسائل:

البيع، والإجارة، والكتابة، والرهن، والعتق على مال، والخلع، والصلح عن دم العمد، والنكاح.

أما في البيع إذا شهد أحدهما أنه اشترى عبد فلان بألف درهم، وشهد آخر أنه اشتراه بألف وخمسمائة.. لا تقبل هذه الشهادة؛ سواء كان المدعي يدعي الشراء بالأقل أو بالأكثر، وسواء وجد الدعوى من البائع أو من المشتري.

وأما الإجارة: إن كانت في أول مدة.. فهي كالبيع، وإن كانت بعد مضي المدة والمدعي هو المستأجر.. فهي كالبيع أيضاً، وإن كان المدعي هو الآجر.. فهي دعوى الدين، وقد تقدم حكمها.

والكتابة [٢٥٦/أ] كالبيع إن كانت الدعوى من العبد، وإن كان المدّعي هو المولى.. لا تقبل.

وفي الرهن: إن كانت الدّعوى من الراهن.. لا تقبل، وإن كانت الدعوى من المرتهن.. فهو دعوى الدّين، فيثبت الرهن بألف ضمناً وتبعاً للدين.

وفي العتق على مال والخلع: إن كانت الدعوى من العبد والمرأة.. فهي دعوى العقد، وإن كانت من الزوج والمولى.. فهي دعوى الدين؛ لأن العتق والطلاق واقع بإقرار المولى والزوج، بقي دعوى المال.

والصلح عن دم العمد: كالخلع.

وفي النكاح: إن كان المدعي هو الزوج والمرأة منكرة.. فهي دعوى العقد

بالإجماع، وإن كانت الدعوى من المرأة.. فهذه دعوى الدين عند أبي حنيفة، وعندهما: دعوى العقد.

والصدر الشهيد لم يفصل بينهما: إذا كان الدعوى من الزوج أو من المرأة، فقال: سواء كان المدعي الزوج أو المرأة إذا اختلف الشاهدان في قدر المهر، والمدعي يدّعي الأقلّ أو الأكثر.. يقضى بالنكاح بأقلّ المالين؛ لأن المال تابع في النكاح، وعند أبي يوسف ومحمد: لا يقضى بالنكاح أصلاً؛ كذا في «الخلاصة»، وسيأتي في الكتاب أيضاً.

ثم اعلم أن اختلاف الشاهدين معنى كما يمنع قبول الشهادة.. كذلك يمنع اختلافهما لفظاً عند أبي حنيفة، كما تقدم.

وما ذكره المصنف ههنا: من أمثلة الاختلاف اللفظي.

وذكر ابن نجيم في «البحر»: اشتراط اتفاق الشاهدين في اللفظ عند أبي حنيفة، ثم قال: **ويستثنى منه اثنتان وأربعون مسألة منها:**

١- ما في «العمدة»: شهد أحدهما: أن له عليه ألف درهم، وشهد الآخر أنه أقرّ له بألف درهم. تقبل.

٢- ومنها: ادعى كر حنطة، فشهد أحدهما بأنها جيدة، والآخر رديئة والدعوى بالأفضل تقبل ويقضى بالأقل. ومنها: ادعى مائة دينار، فقال أحدهما: نيسابورية، والآخر: بخارية، والمدعي يدّعي النيسابورية وهو أجود.. تقبل ويقضى بالبخارية بلا خلاف؛ لأنهما اتفقا على الكمية في هذه المواضع الثلاثة، ثم انفرد أحدهما بزيادة وصف.. فلا تضر في الحكم بالأقل، ولو كان المدعى به الأقلّ فيها.. لا تقبل ما لم يوفق بالإبراء.

٣- ومنها: شهد أحدهما بالهبة، والآخر بالعطية.. تقبل.

٤- ومنها: شهد أحدهما بالنكاح، والآخر بالتزويج.. تقبل.

قلت: هاتان المسألتان لا تصلح للاستثناء عن قول الإمام؛ لأن الاختلاف فيهما من قبيل الاختلاف في اللفظين المترادفين، والإمام قائل به؛ لأن محلّ النزاع بينه وبين [٢٥٦/ب] صاحبيه: هو اتفاق اللفظين في المعنى، وأما اختلافهما من حيث الترادف بعد اتفاقهما في المعنى.. فلا يضر بالاتفاق، على ما صرح به في «العناية»، وقد تقدم منا أيضاً.

٥- ومنها: شهد أحدهما: أنه جعلها صدقة موقوفة أبداً، على أن لزيد ثلث غلتها، وشهد آخران لزيد نصفها.. تقبل على الثلث، والباقي للمساكين.

٦- ومنها: ادّعى أنه باع بيع الوفاء أو البات، فشهد أحدهما به، والآخر أن المشترى أقل بذلك.. تقبل، ولا خصوصية بالبيع، بل كل قول كذلك، بخلاف الشهادة على الفعل والإقرار به.. فإنه لا يجوز.

٧- ومنها: شهد أحدهما: على أنها آجارته، والآخر أنها كانت له.. تقبل.

٨- ومنها: ادعى ألفاً مطلقاً فشهد أحدهما على إقراره بألف قرض والآخر بألف وديعة.

٩- ومنها: ادعى الإبراء عن الدين فشهد أحدهما به والآخر على أنه وهبه أو تصدّق عليه أو حلّله.. يقبل، بخلاف ما إذا ادعى الإبراء وشهد أحدهما على الهبة، والآخر على الصدقة.. لا تقبل.

١٠- ومنها: ادّعى الهبة، فشهد أحدهما بالهبة، والآخر بالبراءة.. تقبل، ويثبت الإبراء لا الهبة؛ كذا في «البزازية».

١١- ومنها: شهد أحدهما على إقراره أنه أخذ منه العبد، والآخر على إقراره بأنه أودعه منه هذا العبد.. تقبل؛ لاتفاقهما على الإقرار بالأخذ.

١٢- ومنها: شهد أحدهما على إقراره أنه غصبه منه، والآخر على إقراره أن فلاناً أودع منه هذا العبد.. تقبل ويقضى للمدعي، ولا تقبل من المدعى عليه بينة

بعده؛ لأن الشاهدين شهدا على إقراره بالملك للمدّعي.

١٣- ومنها: شهد أحدهما أنها ولدت منه، والآخر أنها حبلت منه.. تقبل.

١٤- ومنها: شهد أحدهما أنه أقر أنّ الدار له، والآخر على أنه سكن فيها.. تقبل.

١٥- ومنها: شهد أحدهما على أنه أذن لعبده في الثياب، والآخر على أنه أذن له في الطعام.. تقبل ويثبت إذن عبده، بخلاف ما إذا قال أحدهما: إذنه صريحاً والآخر: أنه رآه يبيع ويشتري فسكت.. فإنها لا تقبل.

١٦- ومنها: شهد أحدهما أنه أقر بالمال بالعربية، والآخر على أنه أقر بالفارسية.. تقبل، بخلافه في الطلاق؛ حيث لا تقبل فيه؛ كذا في «البزازية».

١٧- ومنها: شهد أحدهما أنه قال لعبد: أنت حرّ، وقال الآخر: قال: أزادي.. تقبل.

١٨- ومنها: أنه قال لامرأته: إن كلّمت فلاناً فأنت طالق فشهد أحدهما أنها كلمته غدوة، والآخر عشية.. تقبل وطلقت.

١٩- ومنها: أنه قال إن طلقتك فعبده حرّ، فقال أحدهما: طلّقها اليوم، والآخر: أمس.. تقبل ويقع الطلاق والعتق.

٢٠- ومنها: شهد [٢٥٧/أ] أحدهما أنه طلقها ثلاثا ألبتة، والآخر أنه طلقها ثنتين ألبتة.. يقضى بطلقتين ويملك الرجعة.

٢١- ومنها: شهد أحدهما أنه أعتقه بالعربي، والآخر بالفارسي.. تقبل؛ للاتفاق في المعنى، وكذا في الطلاق على الأصح؛ كما في «الأشباه».

بخلاف ما إذا شهد أحدهما أنه قذفه بالعربي، والآخر بالفارسي.. لا تقبل؛ لأن العبرة في الحدود إلى الصورة والمعنى جميعاً.

٢٢- ومنها: أنهما اختلفا في مقدار المهر، فشهد أحدهما بالأقل، والآخر بالأكثر.. تقبل ويقضى بالأقل.

٢٣- ومنها: شهد أحدهما أنه وكله بخصومة مع فلان في دار سماه، والآخر أنه وكّله بخصومة فيه وفي شيء آخر.. تقبل في دار اجتمعا عليه؛ إذ الوكالة تقبل التخصيص.

٢٤- ومنها: ادّعى مالاً، فشهد أحدهما: على أنه وقفه في صحته، والآخر على أنه وقفه في مرضه.. تقبل، إذا شهدوا بوقف مات.

٢٥- ومنها: شهد أحدهما أنه أوصى إليه يوم الخميس، والآخر أنه أوصى إليه يوم الجمعة.. تقبل؛ لأنها كلام لا يختلف بزمان ومكان.

٢٦- ومنها: ادعى مالاً، فشهد أحدهما أن المحتال عليه أحال غريمه بهذا المال، وشهد الآخر: أنه كفل عن غريمه بهذا المال.. تقبل، كذا في «القنية».

٢٧- ومنها: شهد أحدهما: أنه باعه بكذا إلى شهر، والآخر بالبيع ولم يذكر الأجل.. تقبل.

٢٨- ومنها: شهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار ثلاثة أيام، وشهد الآخر على البيع ولم يذكر الخيار.. تقبل.

٢٩- ومنها: شهد أحدهما: أنه وكّله في الخصومة في هذه الدار عند قاضي الكوفة، والآخر عند قاضي البصرة.. تقبل.

٣٠- ومنها: شهد أحدهما: أنه وكّله بالقبض، والآخر أنه جراه.. تقبل.

٣١- ومنها: شهد أحدهما أنه وكّله بقبضه، والآخر أنّه سلّطه على قبضه.. تقبل.

٣٢- ومنها: شهد أحدهما: أنه وكّله بقبضه، والآخر أنه أوصى إليه بقبضه في حياته.. تقبل.

٣٣- ومنها: شهد أحدهما: أنه وكله بقبضه، والآخر أنه أمره بأخذه أو أرسله ليأخذه.. تقبل.

٣٤- ومنها: أنهما اختلفا في زمن إقراره بالوقف.. تقبل.

٣٥- ومنها: اختلفا في مكان إقراره.. تقبل.

٣٦- ومنها: اختلفا في زمن إقراره وقفه في صنعته أو في أرضه.. تقبل.

٣٧- ومنها: شهد أحدهما: لوقفها على زيد، والآخر على عمرو.. تقبل ويكون وقفاً على الفقراء.

إلى هنا جملة ما ذكره في «البحر» من المستثنيات.

قلت: ويزيد عليه بمسائل كثيرة:

٣٨- ومنها: شهد أحدهما: بألف، والآخر بألف وخمسمائة، والمدعي يدّعي الأكثر.. تقبل بلا توفيق، وإن ادعى الأقل.. تقبل مع التوفيق، على ما تقدم.

وكان صاحب «البحر» لم يعده من المستثنيات؛ لما تقدم [٢٥٧/ب]: أن لا مخالفة فيه لا لفظاً ولا معنى؛ لقضية العطف.

٣٩- ومنها: ادّعى ألفاً وشهد أحدهما: بألف سود، والآخر بألف بيض، وللبيض فضل على السود، والمدّعي يدّعي الأفضل.. تقبل ويقضى بالأقل.

٤٠- ومنها: أنه ادّعى عبداً في يد رجل، فشهد أحدهما: على إقرار ذي اليد بهبة المدعي عنه، والآخر على إقراره بالشراء منه، والمدعي ينكر.. تقبل، فيأخذ العبد منه.

٤١- ومنها: شهد أحدهما: على إقراره أنه أخذ هذا العبد من فلان، والآخر على إقراره بأنه أودعه منه.. تقبل؛ لاتفاقهما على الإقرار.

٤٢- ومنها: شهد أحدهما: على أن له عليه كذا من الدين، والآخر على إقراره بأن له عليه كذا من الدين.. تقبل.

والحاصل: أنهما إذا اختلفا في الزمان أو في المكان أو في الإنشاء والإقرار في كل ما يكون قولاً محضاً من العقود كالطلاق والبيع والوكالة والوصاية والعتاق والدين والبراءة والكفالة والحوالة.. لا يمنع قبول الشهادة في هذه المواضع العشرة.

وكذا اختلافهما في الوجوه الثلاثة فيما يكون فعلاً ملحقاً بالقول.. لا يمنع قبول الشهادة أيضاً كالقرض؛ فإنه وإن كان فعلاً إلا أنه ملحق بالقول؛ لعدم تمامه بالتسليم بلا قول المقرض: أقرضتك، فأشبه الطلاق، فألحق به.

وكذا لا يمنع قبول الشهادة: اختلافهما في الزمان أو المكان في قول لا يتم إلا بفعل مثله؛ كالهبة والصدقة والرهنِ.. فإنها فعل لا يتم إلا بفعل وهو القبض.. ولو اختلفا في الزمان والمكان وشهدا على معاينة القبض.. تقبل في الهبة والصدقة والرهن، عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن القبض قد يكون غير واحد، فيجوز أن يقبضه مرتين في زمانين، وفي مكانين.

وقال محمد: لا يقبل.

وفي «قاضي خان»: وهو القياس.

وكذا لا يمنع اختلافهما في الزمان أو المكان في القذف عند أبي حنيفة؛ خلافاً لهما.

وأما لو اختلفا في الإنشاء والإقرار في هذه الأربعة؛ أعني: الهبة والصدقة والرهن والقذف؛ بأن شهد أحدهما: على إنشائها، والآخر على إقرارها.. لا تقبل إجماعاً. الكل في «البزازية».

ثم قال فيها نقلاً عن «المنتقى»: شهدا على إقرار رجل بمال، إلا أنهما اختلفا في الزمان والمكان أو البلدان.. قال أبو حنيفة: تقبل؛ لأن على الشاهد حفظ عين الشهادة لا محلها وزمانها.

وقال أبو يوسف: لا تقبل.

ولو على الإقرار بالبيع أو الإيفاء واختلفا في الزمان والمكان.. تقبل.

قال أحدهما: إنه أقر في المسجد، والآخر على السوق، أو قال أحدهما: أقر غدوة، والآخر [٢٥٨/أ]: عشية.. تقبل.

وأما لو اختلفا في الزمان والمكان أو في الإنشاء والإقرار فيما كان فعلاً محضاً كالجناية والغصب والقتل، أو قولاً ملحقاً بالفعل كالنكاح.. فإنه قول، لكنه ملحق بالفعل؛ لكون حضور الشاهد شرطاً فيه، وهو الفعل، فيمنع قبول الشهادة في الوجوه الثلاثة، على ما صرح به «قاضي خان» و«الخلاصة» و«البزازية».

فظهر منه: أنه لو ادعى شيئاً مما يكون قولاً محضاً من العقود العشرة المذكورة وشهد أحدهما به، والآخر بالإقرار به.. تقبل؛ سواء شهدا في زمان واحد ومكان واحد، أو في زمانين ومكانين.

وكذا في: القرض والهبة والصدقة.

وكذا في القذف عند أبي حنيفة.

والعجب من «البزازية»: أنه عدّ الرهن أولاً من قبيل ما يكون قولاً محضاً، وصرح أن اختلاف الشاهدين فيه في الزمان والمكان والإنشاء والإقرار لا يضرّ.

ثم عده من قبيل القول الذي لا يتم إلا بالفعل كالهبة والصدقة، وقال: إن اختلاف الشاهدين فيه في الإنشاء والإقرار.. يضر ويمنع قبول الشهادة.

وجعله في «الخلاصة»: من قبيل ما يكون قولاً محضاً، وسكت عليه.

وجعله في «قاضي خان»: من قبيل القول الذي لا يتم إلا بالفعل؛ كالهبة والصدقة؛ حيث قال: وإن اختلفوا في عقد لا يثبت حكمه إلا بالفعل كالهبة والصدقة والرهن؛ فإن شهدا على معاينة القبض واختلفا في الأيام والبلدان.. جازت شهادتهما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، والقياس: أن لا تقبل، وهو قول محمد وزفر.

وإن شهدا على إقرار الراهن والواهب والمتصدق بالقبض.. جازت الشهادة في قولهم.

ولو شهدا على الرهن، فشهد أحدهما: على معاينة القبض، والآخر على إقرار الرهن بالقبض.. لا تقبل هذه الشهادة، ويكون الرهن في هذا بمنزلة الغصب.

وإن اختلف شهود الرهن في جنس الدين أو في مقداره.. لا تقبل؛ كما لو اختلف شهود البيع في جنس الثمن أو في مقداره. انتهى.

وقال في «الفصولين» بعلامة «فتاوى قاضي ظهير»: ادّعى رهنا، فشهد أحدهما: بمعاينة القبض، والآخر أن الراهن أقر بقبض الرهن.. لا تقبل؛ إذ الرهن في هذا كغصب. انتهى.

ثم قال فيه أيضاً: ادّعى الوديعة، وشهد أن المودع أقر بالإيداع.. تقبل كما في الغصب، وكذا العارية.

ولو شهد أحدهما بإيداعه، والآخر أنه أقر بإيداعه.. فعلى قياس القرض: ينبغي أن تقبل، وعلى قياس الغصب: ينبغي أن لا تقبل.

ولو ادعى نكاحاً وشهدا بإقرارها بنكاح.. تقبل [٢٥٨/ب].

ولو شهد أحدهما: بنكاح، والآخر بإقرارها به.. لا تقبل كالغصب. انتهى.

وذكر قبل هذا أيضاً: ادّعى مائة قفيز برّ بسبب سلم صحيح، وشهد أنّ المدعى عليه أقر أن له عليه مائة قفيز برّ، ولم يزيدوا عليه.. تقبل؛ لأنه اختلاف في سبب الدّين، وإنه لا يمنع قبول الشهادة.

وقيل: لا تقبل، وهو الأصح؛ لأنهما لم يذكرا إقراره بسبب السلم.

والاختلاف في سبب الدين إنما لا يمنع قبولها لو لم يختلف الدين، باختلاف السبب، ودين السلم مع دين آخر يختلفان؛ إذ الاستبدال قبل القبض لم يجز في السلم، وجاز في دين البر بلا سلم؛ فلم يشهدا بدين يدعيه المدعي.. فلا يقبل.

بخلاف ما لو ادعى ديناً بسبب القرض، وشهدا أنه أقر ولم يذكرا سبب القرض.. تقبل.

ولو ادّعى ديناً وشهدا بإقراره بالمال.. تقبل، فيكون إقامة البينة على إقراره بالمال كإقامة البينة على السبب.

وقيل: لا تقبل، وبه أفتى بعض مشايخنا.

ولو ادّعى ديناً وشهد أحدهما: بالمال، والآخر بإقراره بالمال.. تقبل.

وذكر قبل هذا أيضاً: أنه لو ادّعى ديناً بسبب قرض ونحوه، وشهدا بدين مطلق.. قيل: تقبل.

وقيل: لا تقبل؛ كما في عين ادّعاه بسبب، وشهدا بمطلق.

قال صاحب «الإيضاح»: والصحيح: أنه تقبل.

أقول: الفرق بين العين والدين: أن العين يحتمل الزوائد في الجملة، وحكم المطلق: أن يستحق الزوائد، والملك بالسبب بخلافه؛ حيث لا يستحق فيه الزوائد، فيصير المدعى بالسبب ملك بالشهود بالملك المطلق.. فلا تقبل، بخلاف الدين؛ لأنه لا يحتمل الزوائد.. فلا يكون مكذباً لشهوده، فاقترفا، فينبغي أن تقبل في الدين.

ولو ادعى ديناً ولم يبين السبب، فشهدا بالسبب.. تقبل. انتهى.

ثم قال فيه أيضاً: لو ادّعى الأداء وشهد أحدهما أنه أداه، والآخر أن الدائن أقر بقبضه.. لا تقبل؛ لأن أحدهما شهد بالفعل، والآخر بالقول.

بخلاف ما لو ادّعى قضاء دينه وشهدا أنه أقر باستيفائه.. تقبل؛ لأنهما شهدا على الفعل.

وهكذا في «العمادية» أيضاً نقلاً عن «قاضي خان».

وقال في شهادات «القنية» رامزاً إلى البرهان المحيطي: ادعى المديون الإيصال، فشهد له أحد الشاهدين بالإيصال، والآخر على إقرار رب الدين بالإيصال.. لا تقبل؛ لأنهما شهدا بأمرين مختلفين: القول والفعل.. فلا يجمع بينهما، بخلاف ما إذا شهد أحدهما: بألف للمدعي على المدعى عليه، وشهد الآخر على إقرار المدعى عليه [٢٥٩/أ] بألف.. فإنه تقبل؛ لأنه ليس بجمع بين القول والفعل. انتهى.

وذكر قبل هذا رامزاً إلى القاضي عبد الجبار: ادعى على آخر ديناً لمورثه، فأقرّ بالدين وقال: أخذ مورثك مني تابوتاً عن هذا الدين، فشهد له أحد الشاهدين على وفق دعواه، وشهد الآخر على إقرار الميت بأخذ التابوت عن الدين.. تقبل.

ولو لم يقولوا: «عن الدين».. لا تقبل. انتهى.

فعلم منه: أنه فيما لو شهد أحدهما على أداء الدين، والآخر على الإقرار باستيفائه عند بعض المشايخ.

وهذا كله فيما كان المدّعى فعلاً فقط، أو قولاً فقط.

وأما لو كان المدعى مركباً منهما؛ بأن المدعى عليه أديت ما عليّ من الدين وأنت أقررت بالاستيفاء به، فشهد أحد الشاهدين بالأداء، والآخر بالإقرار بالاستيفاء.. فهل تقبل؟

ولم أره الآن صريحاً.

والأصل فيه: أن أحد الشاهدين لو شهد على أحد جزئي المدعى، والآخر على الجزء الآخر.. فهل يضر؟

ثم الشهادة على الإقرار باستيفاء الدين: مختلف فيها، كما ذكر في دعوى «البزازية»؛ حيث قال فيها: قد بقي هنا فصل آخر اختلف فيه العلماء وهو [أن المديون] إذا برهن على إقرار المدعي باستيفاء الدين.. قيل: لا يسمع؛ لأنه دعوى الإقرار في طرف الاستحقاق؛ لأن الديون تؤدى بأمثالها، فيكون المقبوض ديناً على المدعي.

وقيل: يسمع؛ لأنه في الحاصل يدفع أداء الدين عن نفسه، فكان دعوى الإقرار في طرف الدفع ذكره في [«المحيط»]. انتهى كلام «البزازية».

بقي ههنا فصل آخر، وهو: أن رجلاً ادّعى على رجل أن لي عليك مالاً كذا عن جهة كذا، حتى أنكر قررت لي ذلك المال، وكتبت لي مكتوباً مشتملاً على إقرارك

وَلَو شَهدا بِأَلِفٍ أَو بقرضٍ ألفٍ، وَقَالَ أَحدُهُمَا: قضى مِنْهَا كَذَا.. قُبِلَت على الْألفِ، لَا على الْقَضَاءِ، مَا لم يشْهدْ بِهِ آخرُ.

معنوناً مرسوماً مختوماً بخاتمك، وأبرز ذلك المكتوب، وأقر المدعى عليه: أن الخط خطه والختم ختمه.. فهل يقضى على المدعى عليه بذلك المال بمجرد إقراره بأن الخط خطه والختم ختمه بلا بينة من المدعي على ذلك الدائن أو على إقرار المدعى عليه؟

قلت: يقضى عليه بذلك إذا كان الخط خطه على وجه الرسالة والرسم كما صرح به في أول باب الدعوى من «قاضي خان»، وبه أفتى مشايخ الإسلام.

(**ولو شهد بألف أو بقرض ألف، وقال أحدهما قضى منها كذا.. قبلت على الألف**)؛ لاتفاقهما عليه (**لا على القضاء**)؛ لأنها شهادة فرد.. فلا تقبل.

(**ما لم يشهد به**) أي بالقضاء (**آخر**).

فإن قيل: شهادة القضاء متناقضة؛ لأنها شهادة على أنه ليس للمدعي على المدعى عليه حق [٢٥٩/ب] في مقدار ما قضاه؛ فقد نفى ما اشتبه أولاً.

أجيب: بأن قضاء الدين إنما هو بطريق المقاصة، وذلك لا يكون إلا بالعين، لا بالدين، فكان قوله: «قضاه مائة من ألف» مثلاً: شهادة على المدّعي بقبض ما هو غير ما شهد به أولاً؛ أعني: الدين، فلا يكون تناقضاً؛ لاختلاف المشهود به في الشهادتين.

وعن أبي يوسف: أن شهادة القضاء مقبولة، وليس للمدّعي إلا ما بقي؛ كما إذا شهد أحدهما بألف، والآخر بخمسمائة.

قيل: وينبغي أن يكون قول محمد كذلك، إلّا أنه خالفه؛ لأنه لم يشهد ابتداء بمقدار ما بقي بعد القضاء، بل اتفقا على وجوب الألف ابتداء، ثم انفرد الآخر.

بخلاف ما إذا شهد أحدهما بألف، والآخر بخمسمائة؛ فإنه شهد ابتداء بخمسمائة.

وَيَنْبَغِي لمن عَلِمَهُ أَن لَا يشْهدَ حَتَّى يقرَّ الْمُدَّعِي بِهِ.

وَلَو شَهدا بقتْلِهِ زيداً يَوْمَ النَّحْر بِمَكَّةَ، وآخرانِ بقتْلِهِ إِيَّاه فِيهِ بكوفةَ.. رُدَّتا.

فإِنْ قُضِيَ بِإِحْدَاهُمَا أَولاً.. بطلتِ الْأَخِيرَةُ.

وروى الطحاوي عن أبي يوسف: أنها لا تقبل في القرض أيضاً؛ للتناقض، ولأن المدعي أكذب الشاهدين.

وأجيب: بمنع التناقض؛ مستنداً بما ذكرناه آنفاً في الجواب، وإنما أكذبه في غير المشهود به الأول، وهو الدين.

واعلم: أنّ ما ذكره المصنف: هو المذكور في «الأصل»، وذكر في «الجامع الصغير»: شهد الرجل على رجل بقرض ألف درهم، وشهد أحدهما أنه قضاه الألف، وأنكره المدعي.. فالشهادة على القرض جائزة، ويقضي القاضي بالألف قرضاً على المدعى عليه دون القضاء.

وفي «المنتقى»: شهدا أن لهذا على هذا ألف درهم قد قبض منها مائة، وقال الطالب: لم أقبض منه شيئاً.. قال أبو حنيفة وأبو يوسف: يقضى بالألف، ويجعل مقضياً للمائة.

(**وينبغي**)؛ أي: يجب (**لمن علمه**) أي علم القضاء من الدين: (**أن لا يشهد**) بالألف (**حتى يقرّ المدعي به**) أي: بالقضاء والقبض؛ كي لا يصير معيناً على الظلم.

(**ولو شهدا بقتله زيداً يوم النحر بمكة، وآخران**) أي: وشهد آخران قبل أن يقضي القاضي بشهادة الشاهدين الأولين: (**بقتله إياه فيه**) أي في يوم النحر (**بكوفة.. ردّتا**)؛ لأن القتل الواحد لا يمكن أن يكون في مكانين مختلفين، فيكون أحدهما كاذباً بالضرورة، ولا ترجيح لأحدهما.. فبطلتا معاً.

(**فإن قضى بأحدهما أولاً.. بطلت الأخيرة**)؛ لأن الأولى ترجحت باتصال القضاء بها، فلا تنتقض بما دونها.

وفيه إشارة: إلى أن اختلافهما في الزمان والمكان مانع عن قبولهما؛ كاختلافهما في الإنشاء والإقرار، وفي الآلة التي وقع بها القتل، على ما في «البحر» وغيره.

وفيه أيضاً نقلاً عن «السراج الوهاج»: وفائدة ذلك: إذا قال: إن لم أحج العام فعبدي حرّ [٢٦٠/أ]، فأقام العبد شاهدين أنه قتل يوم النحر بالكوفة، وأقام الورثة أنه قتل يوم النحر بمكة.. لا يعتق.

وقيد بكون المشهود به قتلا؛ لأنهم لو شهدوا على إقرار القاتل بذلك في وقتين أو في مكانين.. تقبل. لأنه قول قد يعاد ويكرر.

وأشار إلى أن إحدى البيّنتين لو اتصلت بمرجح.. ترجحت على الأخرى، وإلا.. تهاترتا.

ولنذكر بعض ما يتعلق بترجيح البينات:

برهن ولي المجروح أنه مات بسبب الجرح، وبرهن الجارح أنه برأ ومات بعد عشرة أيام.. فبينة ولي المقتول أولى؛ كذا في «القنية».

برهن على آخر أنه ضرب أمته وماتت بضربه، وبرهن المدعى عليه أنها صحت بعد الضرب، ثم ماتت.. الصحة أولى؛ كذا في متفرقات دعاوي «البزازية» و«الخلاصة».

وفي «الدرر»: أن بينة الموت من الجرح أولى من بينة الموت بعد البراءة، وبه أفتى مشايخ الإسلام.

وفي «الدرر» أيضاً أن بينة كون المتصرف عاقلاً: أولى من بينة كونه مخلوط العقل أو مجنوناً.

وهكذا في «التاتارخانية».

وقالوا: إن بينة الهبة: أولى من بينة العارية.

وبينة أن هذه الأرض وقف: أولى من بينة أنها ملك له؛ لأن الوقف عارض على الملك.

بخلاف ما لو غرس رجل في أرض الوقف كروماً وأشجاراً، وادعى أنه غرس لنفسه وأقام بينة، وأقام متولي الوقف بينة أنه غرسها للوقف وأقام بينة.. فإن بينة الغرس لنفسه أولى؛ لأن الأصل في الغرس في أرض الوقف: أن يكون للوقف.

ولهذا لو أطلق الغرس ولم يعين لنفسه أو للوقف.. يكون للوقف، والبينة القائمة على خلاف الأصل أولى.

بينة القرض أولى من بينة الوديعة والعارية.

وفي جنس المسائل الخمسة من «الخلاصة».

عبد في يد رجل، ادعى رجل أنه قتل له ولياً خطأ، وأقام البينة، وأقام ذو اليد البينة أن العبد لفلان أودعه.. اندفعت الخصومة؛ يعني: أن بينة الدافع أولى.

وفي تهاتر شهادات «القنية»: ادعى على رجل أنه أمر صبياً ليضرب حماره ويخرج عن كرمه، فضربه الصبي حتى مات، وأقام عليه بينة، وأقام المدعى عليه بينة أن ذلك الحمار حي.. لا تقبل بينته؛ لأنها قامت على النفي مقصوداً.

وفي «فتاوى قاضي خان»: إذا شهد رجلان: أن زوج فلانة قتل أو مات، وشهد آخران أنه حي.. كانت شهادة الموت والقتل أولى.

وفيها أيضاً: أقام أخ المقتول [٢٦٠/ب] عمداً: أنه وارثه لا وارث له غيره، وأقام القاتل بينة أن له ابناً.. لا يقضى بينة الأخ، بل يتأنى في ذلك.

ولو أقام القاتل بينة أنّ له ابناً، وأنه قد عفى عنه، أو أنه صالحه على الدية وقبضها منه.. تقبل بينة القاتل، وتفصيله ثمة.

وفي «القنية»: لو أقر لوارث ثم مات، فقال المقر له: أقر في الصحة، وقالت الورثة: أقر في مرضه.. فالقول قول الورثة، والبينة بينة المقر له.

وفي «مشتمل الأحكام»: ادّعى المقر له الإقرار عن طوع، والآخر عن كره، فأقام البينة.. فبينة الكره أولى.

وفي دعاوى «قاضي خان»: أن بينة من يدعي داراً أو متاعاً في يد رجل أنه له: أولى من بينة ذي اليد على أن المدعي أقر عند غير القاضي بعد القضاء: بأنه لا حق له فيما ادّعاه.

بخلافه قبل القضاء؛ فأنه حينئذ بينة ذي اليد على إقرار المدعي بأنه لا حق له فيه.. أولى من بينة المدعي.

وكذا بينة ذي اليد: أولى من بينة المدعي فيما إذا ادعى داراً في يد رجل أن أباه مات وتركها ميراثاً له وأقام بينة، وأقام ذو اليد بينة على أن أبا المدعي أقر في حياته أن الدار ليست له، أو على أن الوارث أقر بعد موت أبيه أو قبله: أن الدار لم تكن لأبيه.

وذكر فيه أيضاً: ادعى عيناً في يد رجل: أنه له، وأن صاحب اليد أقر له به، وأقام البينة على ذلك، وأقام ذو اليد بينة أن المدعي استوهبه مني.. فبينة ذي اليد أولى، وتندفع عنه الخصومة.

وفي «القنية» من باب الدعاوى: والاختلاف في المواريث: أن الورثة متى اختلفت في تاريخ موت الأقارب.. فالبينة بينة من يدعي زيادة الإرث، والقول قول من ينكر.

وفي «المنية»: سئل صاحب «المحيط» عن امرأة ماتت وتركت زوجاً وأبوين وبنتاً، ثم ماتت البنت، واختلف الزوج - وهو أب البنت - والأبوان في موت البنت، فقال الزوج: ماتت البنت بعد موت الأم، وقال الأبوان: بل هو على العكس، وأقام كلّ واحد بينة.. فأي البينتين أولى؟

فقال: بينة الزوج أولى؛ لأنها أكثر إثباتاً؛ لأنها تثبت للبنت النصف من تركة

الأم، وبينة الأبوين لا تثبت إلا الثلث للأم من تركة البنت.

وفي «القنية»: ادعى أحدهما: الصلح عن طوع، والآخر عن كره.. فبينة الكره أولى.

وذكر في أحكام البيع الفاسد من «قاضي خان»: أن بينة من يدعي فساد البيع بشرط فاسد أو أجل فاسد.. أولى من بينة من يدّعي صحته باتفاق [٢٦١/أ] الروايات.

وكذا بينة من يدعي فساد البيع لمعنى في صلب العقد؛ بأن ادعى: أنه اشتراه بدرهم ورطل خمر، والآخر يدعي بدرهم.. أولى من بينة من يدّعي صحته في ظاهر الرواية.

وإن ادعى أحدهما: البيع بالوفاء، والآخر بيعاً باتاً.. فبينة الوفاء أولى.

ولو ادّعى البائع أن البيع كان بشرط الخيار له، وادّعى المشتري أن البيع كان باتاً.. في ظاهر الرواية: البينة بينة المشتري.

ولو ادعى أحدهما: البيع عن طوع، والآخر عن كره.. اختلفوا فيه، والصحيح: أن البينة بينة من يدعي الكره؛ كما في الصلح والإقرار؛ فإن البينة فيهما بينة الكره.

وقيل: بينة الطوع أولى.

ولو ادعى أحدهما: أن البيع كان مواضعة، والآخر كان جداً.. فبينة المواضعة أولى.

ادعى البائع بعتك عبدي في إباقه، وقال المشتري: بعتنيه بعدما أخذته.. فالبينة بينة من يدعي الفساد، أيهما يدعيه لو تصادقا على أنه كان آبقاً قبل البيع، والقول لمدعي الصحة. وإن أقاما البينة.. فبينة من يدعي البيع بعد الأخذ أولى؛ كبينة من يدّعي بيع الخمر بعدما صار خلاً؛ فإن بينته أولى من بينة من يدّعي البيع حين كان خمراً.

وفي «الخلاصة»: اختلفا في صحة العقد وفساده.. فبينة الفساد أولى.

ولو اختلف رب السلم مع المسلم إليه، فقال رب السلم: تفرقنا قبل: نقد رأس المال، وقال المسلم إليه: بل بعد النقد، وأقام البينة.. فالبينة بينة المسلم إليه: وهذا مخالف لما ذكروه: أن بينة الفساد في العقد أولى.

وقال في آخر ما يتعلق بالمهر والولد من دعاوى «قاضي خان»: مات وترك مالاً، فادعى بعض الورثة عيناً من أعيان التركة أن المورث وهبها منه في الصحة وقبضه، وبقية الورثة قالوا: ذلك في المرض وأقام البينة.. فبينة مدعي الهبة في الصحة أولى؛ لأنها أكثر إثباتاً؛ كذا في «الجامع الصغير».

وذكر في «فتاوى النسفي»: امرأة ماتت واختلف الزوج وورثتها في مهرها، فادعى الزوج أنها وهبت منه في صحتها، وادعى الورثة: أن الهبة كانت في مرض موتها.. فالقول قول الزوج، والبينة بينة الورثة.

وهذا يخالف رواية «الجامع الصغير»، والاعتماد على ذلك الرواية؛ لأنهم تصادقوا على أن المهر كان واجباً عليه، واختلفوا في السقوط.. فكان القول قول من ينكر السقوط، ولأن الهبة أمر حادث، والحوادث تحال إلى أقرب الأوقات. انتهى.

وفي «الوجيز» [٢٦١/ب]: اختلفا في قدر المسلم فيه أو جنسه أو صنعته أو ذرعانه، أو اختلفا في رأس المال كذلك وأقاما بينة.. قضي لرب السلم.

وفي «الدرر»: إذا اختلف المتبايعان **في قدر الثمن**؛ بأن ادعى المشتري ثمناً، وادّعى البائع أكثر منه، **أو في وصفه**؛ بأن ادّعى البائع أنه بدراهم رائجة، والمشتري أنه بدراهم كاسدة، **أو في جنسه**؛ بأن ادّعى البائع أنه بالدنانير، وادّعى المشتري أنه بالسلعة مقايضة أو بالدراهم، **أو اختلفا في قدر المبيع**؛ بأن اعترف البائع بقدر من المبيع، والمشتري أكثر منه، وأقام البينة.. فالبينة بينة من يثبت الزيادة أيهما كان؛ لأن البينات للإثبات.

وإن اختلفا في الثمن والمبيع جميعاً.. فحجة البائع في الثمن، وحجة المشتري في المبيع.. أولى. انتهى.

وفيه أيضاً: بينة كون المتصرف عاقلاً: أولى من بينة كونه مخلوط العقل أو معتوهاً أو مجنوناً؛ هكذا ذكره في «التاتارخانية» عن أبي الفضل.

ثم ذكر عن علي بن أحمد: أن بينة الإبراء عن الدين حال الصحة: أولى من بينة الورثة على الإبراء حال مرض الموت.

اختلفا فقال البائع بعته منك بكذا درهماً، وقال المشتري: اشتريته سلعة.. فالبينة للبائع؛ لأنه يدعي الزيادة، وللنقدين زيادة على السلعة.

وإن قال المشتري: اشتريته بكذا درهماً على أن تشتري سلعتي هذه بكذا درهماً، فبرهنا.. فبينة المشتري أولى؛ لأنه يدعي فساد البيع.

وفي «القنية»: وصيّ باع شيئاً، فادعت الورثة على المشتري: أن الوصي باعه منك بعد العزل عن الوصاية، وأقاموا البينة، وأقام المشتري بينة على أنه كان وصياً وقت الشراء.. فبينة المشتري أولى؛ لما فيها من إثبات نفاذ الشراء وسبق التاريخ.

وقيل: بينة العزل أولى من بينة البيع، وكذا الطلاق والعتاق من الوكيل. انتهى.

واختار أبو الفضل: أن بينة العزل أولى، وكذا البقالي؛ معللاً بأن العزل أمر عارض، وبينة من يثبت العارض أولى.

وفي دعوى «الذخيرة»: ادّعى داراً أنها ملكه وأن أباه باعها من ذي اليد في حال بلوغه بغير رضاه، وقال ذو اليد: إن أباك باعها مني في حال صغرك، وأقام البينة.. يجب أن تقبل بينة ذي اليد؛ لأنها المثبتة.

اختلف البائع مع المشتري في هلاك المعقود عليه، فقال البائع: هلك بعد القبض وأقام البينة.. فبينة البائع أولى.

وكذا لو ادعى البائع أن المشتري استهلك المبيع، وادعى المشتري أن البائع استهلكه.. فبينة البائع أولى.

هذا إذا لم يكن [٢٦٢/أ] للبينتين تاريخ؛ أما إذا كان لها تاريخ.. تقبل بينة الأسبق في الهلاك والاستهلاك، وهذا إذا لم يكن قبض المشتري المبيع ظاهراً.

وأما إذا كان قبضه ظاهراً، ثم إن المشتري ادعى أن البائع استملكه والبائع يدعي أن المشتري استهلكه.. فههنا بينة المشتري أولى من بينة البائع؛ لأن البائع منكرها.

أقام البائع البينة على البيع، وأقام المشتري على الإقالة.. فبينة الإقالة أولى؛ لبطلان بينة البيع بإقرار مدعي الإقالة.

وفي «القنية»: وصيٌّ باع كرم الصغير، وبلغ الصغير وادعى غبناً فاحشاً، وأقام عليه بينة، وأقام المشتري بينة أنه باعها في صغره بمثل الثمن.. فبينة الغبن أولى.

باع ضيعة ولده، فأقام المشتري بينة أنه باعها في صغره بمثل الثمن، والابن أقام بينة أنه باعها حال البلوغ.. فبينة المشتري أولى.

وقيل: بينة الابن أولى.

باع من ابنه عيناً فمات، فاختلفت الورثة مع الابن، فقال الابن: باعها مني في صحته، وقالت الورثة: باعها في مرضه.. فالقول للورثة.

وإن أقاما بينة.. فبينة الصحة أولى؛ لأنها قامت على خلاف الأصل؛ لأن الأصل إضافة الحوادث إلى أقرب أوقاتها وهو وقت المرض، ولأن هذه البينة قامت في الحقيقة على وجود البيع.. فتكون أولى؛ لأن هذا الاختلاف بين وجود البيع وعدمه في الحقيقة، والأصل في الأشياء: العدم والوجود طارٍ عليه.

لو أقام البائع بينة أنّي بعتها في صغري، وأقام المشتري بينة أنك بعتها بعد البلوغ.. فبينة المشتري أولى؛ لأنه يثبت العارض.

وقيل: بينة مدعي الصغر أولى، على ما ذكره في باب اختلاف المتبايعين من «القنية».

وفيه أيضاً: أن بينة الوصي على أن البائع معتوه وقت البيع وأنا وصيّه.. أولى من بينة المشتري أن البائع عاقل وقت البيع.

وفي طلاق «القنية»: ادّعت المرأة أنه طلقها من غير شرط، والزوج يقول: طلقتها بالشرط ولم يوجد.. فالبينة فيه بينة المرأة.

ولو ادعت عليه أنه حلف لا يضربها، وادعى أنه لا يضربها من غير ذنب، وأقاما البينة.. يثبت كلا الأمرين، وتطلق بأيهما كان. انتهى.

قالوا: إن بينة الجرح أولى من بينة التعديل.

وفيه تفصيل: ذكره في شهادات «قاضي خان»، وقد تقدم.

وقالوا أيضاً: إن بينة البيع أولى من بينة الرهن، ذكره في باب ما يبطل دعوى المدعي من «قاضي خان».

بينة القديم أولى من بينة الحادث، ذكره في حيطان [٢٦٢/ب] «الخلاصة» و«البزازية».

وفي «القنية»: والصحيح: أن بينة الحدوث أولى من بينة القدم.

وفي كتاب الوقف من «القنية» أيضاً: أن البينة على أن الوقف بطن بعد بطن: أولى من بينة أنه وقف مطلق علينا وعليك.

وفي باب البينتين المتضادتين من «القنية» أيضاً: ادّعى على رجل أن هذه الدار التي في يديه وقف عليه مطلقاً، وادعى ذو اليد أن بائعي اشتراها من الواقف وأرخ، وأقاما البينة.. فبينة الوقف أولى.

وقيل: إن أثبت ذو اليد تاريخاً سابقاً على الوقف.. فبينته أولى، وإلا.. فبينة الوقف أولى.

وفيه أيضاً: أن بينة متولي الوقف على صحة الوقف: أولى من بينة وارث الواقف على فساده، إن كان الفساد معنى في صلب الوقف، وإن كان الفساد بشرط مفسد في الوقف.. فبينة الفساد من الوارث أولى، على ما مر نظيره في البيع.

وفي «جامع الفصولين» من دعوى الوقف: متولي ذو يد لو برهن على الوقف فبرهن الخارج على الملك.. يحكم للخارج؛ فلو برهن المتولي بعده على الوقف.. لا تسمع؛ لأن المتولي صار مقضياً عليه مع من يدّعي تلقي الوقف من جهته، وعند أبي يوسف: تقبل بينة ذي اليد على الوقف، ولا تقبل بينة الخارج على الملك؛ كمن ادّعى قنّاً، وقال ذو اليد: هو ملكي وحرّرته.. فإنه يقضى ببينة ذي اليد وفاقاً، وبقولهما: يفتى. انتهى.

وقالوا: إن بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد في دعوى الملك المطلق، وبينة ذي اليد أولى في دعوى النتاج، وسيأتي تفصيله في دعوى الرجلين، من كتاب الدعوى.

وقالوا أيضاً: إن بينة الحرية الأصلية والعتق من العبد: أولى من بينة الرق من المولى، وسيأتي ذكر ما يتعلق به في آخر فصل تنازع اليد.

وفي مضاربة «المحيط»: إذا اختلف المضارب مع رب المال في قدر ما شرط من الربح للمضارب، وأقاما البينة.. فبينة المضارب أولى؛ لأنها تثبت الزيادة، وسنذكر تفصيله في المضاربة.

وفي غصب «البزازية»: برهن المالك أن قيمة المغصوب كذا، والغاصب على أنه كذا.. فبينة المالك أولى.

وفي دعوى «قاضي خان»: أن البينة على أن الميت حر الأصل: أولى من بينة أنه معتق له وأن ولاءه له.

وفي كتابة «التاتارخانية»: اختلف المولى مع مكاتبه في قدر بدل الكتابة أو في

جنسه وأقاما البينة.. فبينة المولى أولى؛ لأنها تثبت الزيادة، إلا أن المكاتب إذا أدى مقدار ما قامت عليه بينة [٢٦٣/أ] وهو ألف.. يعتق، وهكذا في تحالف «الدرر».

وفي دعوى «البزازية»: أن بينة ولاء الموالاة: أولى من بينة ولاء العتق.

وفي الحادي عشر من دعوى «الخلاصة» و«البزازية»: أقام العبد بينة أنه حرّ، وقال ذو اليد: إنه عبد فلان أودعنيه، أو آجرنيه، وأقام البينة عليه.. فبينة ذي اليد أولى.

بخلاف ما إذا أقام العبد البينة على مولاه أنه حرّ الأصل، وأقام مولاه البينة أنه عبد.. فبينة العبد أولى؛ لأن المولى يصلح خصماً لإثبات بينة العبد الحرية؛ أما هنا.. فالمودع ليس بخصم، لكن يحال بين العبد وبين ذي اليد استحساناً.

وفي أدب القاضي من «فتح القدير»: كلما تعارضت بينة اليسار والعسار.. قدمت بينة اليسار؛ لأن فيها زيادة العلم، إلا أن يدّعي المدعي أنه موسر، وهو يقول: أعسرت بعده، وأقام البينة.. فإنها تقدم؛ لأن فيها أمراً حادثاً، وهو حدوث ذهاب المال. انتهى.

وفي دعوى «الخلاصة»: إذا قال للظئر: أرضعت ولدي بلبن البقر، وقالت: لا، بل بلبني، وأقام البينة.. فالبينة بينتها.

وذكر الغانم البغدادي: اختلف المولى مع المكاتب في صحة الكتابة وفسادها.. فالقول قول من يدّعي الصحة، والبينة بينة من يدّعي الفساد.

وفي «القنية»: لو أقام زوج البكر بينة على سكوتها حين بلغها الخبر، وأقامت هي بينة على الرد.. فبينتها أولى.

ولو أقام الزوج بينة أنها أجازت العقد حين أخبرت، وأقامت هي بينة على أنها ردت.. فبينة الزوج أولى، بخلاف الأولى؛ لأن بينة الزوج ثمة قامت على العدم، وفي الثانية: على الإثبات. انتهى.

وَلَو شَهدا بِسَرِقَةِ بقرةٍ وَاخْتلفَا فِي لَوْنهَا.. قُطِعَ.

وفيها أيضاً: أقام أحد الأخوين بينة أن الدار التي في أيدينا كانت لأمي تركتها ميراثاً بيني وبين أبي، وأقام الآخر بينة أنها كانت لأمي تركتها ميراثاً لنا.. فبينة الأول أولى؛ لإثباتها الزيادة في الإرث.

وفي «البزازية»: قالت: تزوجني وأنا صغيرة، وقال الزوج: كنت بالغة، وأقاما بينة.. فبينتها أولى؛ لأنها أقدم.

وفي العشرين من «الفصولين»: لو تنازع الزوجان بعد الولادة في صحة النكاح وفساده وبرهنا.. تقبل بينة الفساد.

وفي «البحر»: تعارضت بينتا الإجازة والرد في بيع الفضولي.. فبينة المشتري أولى.

إذا تعارضت بينتا إبراء المرأة زوجها في صحتها أو مرضها.. فيه قولان؛ قيل: بينة الصحة أولى، وقيل: بالعكس.

وفي دعوى الدين في التركة من «البزازية»: برهن الدائن على أن الورثة باعوا [٢٦٣/ب] عيناً من التركة المتفرقة، وبرهن الوارث على أن الميت كان باعه في صحته وقبض ثمنه.. فبينة الدائن أولى.

ولو اجتمع بينة الرهن مع بينة البيع البات.. فبينة البيع أولى.

وفيها أيضاً: إن برهن كل من الخارج وذي اليد على إقرار كل واحد بأنه ملك صاحبه.. تهاترتا، ويترك في يد ذي اليد.

(**ولو شهدا بسرقة بقرة واختلفا في لونها.. قطع**) يده عند أبي حنيفة؛ سواء كان اللونان متشابهين كالحمرة والسواد، أو لا كالسواد والبياض.

وقيل: إن كانا متشابهين.. قبلت، وإلا.. فلا.

والأول: أصح، على ما في «العناية».

وَإِن اخْتلفَا فِي الذُّكُورَة وَالْأُنُوثَة.. لَا.

وَعِنْدَهُمَا: لَا يُقطعُ فيهمَا.

وَفِي الْغَصْبِ: لَا تُقبلُ اتِّفَاقاً.

(**وإن اختلفا في الذكورة والأنوثة.. لا**) يقطع، (**وعندهما: لا يقطع فيهما**) أي: في المسألتين؛ لأن سرقة السوداء غير سرقة البيضاء، فلم يتم على كل واحد نصاب الشهادة، فصار كالغصب.

شهد أحدهما: بغصب السوداء، والآخر بغصب البيضاء، وكالاختلاف في الذكورة والأنوثة.

ولأبي حنيفة: أن التوفيق ممكن؛ لأن التحمل في الليالي من بعيد؛ لكون السرقة فيها غالباً، واللونان قد يتشابهان وقد يجتمعان؛ بأن يكون أحد جانبيها أسود والآخر أبيض، وكل واحد يرى أحد اللونين، بخلاف الذكورة والأنوثة.. فإنهما لا يجتمعان، وبعد إمكان التوفيق.. يجب القبول؛ كما إذا اختلف شهود الزنا في بيت واحد.

فإن قيل: إن طلب التوفيق ههنا احتيال لإثبات القطع، والحدود يحتال لإسقاطه لا لإثباته، وإن مجرد إمكان التوفيق غير معتبر ما لم يصرح به.

قلنا: لا نسلم أنه احتيال لإثبات القطع، وإنما يكون كذلك أن لو كان فيما هو من صلب الشهادة؛ كبيان قسمة المسروق ليعلم أنه هل كان نصاباً فيقطع به، أو لا.

وأما إذا كان في اختلاف ما لم يكن في صلب العقد كما نحن فيه.. فاعتبار التوفيق فيه ليس احتيالاً لإثبات الحد؛ لإمكان ثبوته بدونه، وإن التصريح بالتوفيق إنما يعتبر فيما كان من صلب الشهادة، وفي غيره: يكفي إمكانه.

(**وفي الغصب لا تقبل اتفاقاً**) أي: شهدا بالغصب، واختلفا في اللون.. لا تقبل بالاتفاق؛ لأن التحمل فيه يكون بالنهار غالباً على قرب منه، فالاختلاف فيه ليس كما في السرقة؛ لكونها في الليل غالباً.

وَلَو شهدَ وَاحِدٌ بِالشِّرَاءِ أَو الْكِتَابَةِ بِأَلِفٍ، وَالْآخرُ بِأَلِفٍ وَمِائَةٍ.. ردَّتْ.

هذا إذا لم يدع أحد اللونين، وأما لو ادعى أحد اللونين وقال: سرق مني أو غصب مني بقرة سوداء، فشهدا واختلفا في اللون.. لم تقبل إجماعاً؛ لأنه أكذب أحد شاهديه، كما لو ادعى أحد السببين، ثم اختلف الشاهدان.

واعلم: أن ما ذكره من أول [٢٦٤/أ] الفصل إلى هنا فيما إذا لم يدع المدعي عقداً.. فالآن شرع في بيان ما إذا ادّعى عقداً واختلف الشاهدان فيه، وهو في تسع مسائل، على ما ذكره في «البزازية»: البيع، والإجارة، والكتابة، والرهن، والعتق على مال، والخلع، والطلاق، والنكاح، والمصنف ذكر ما عدا الطلاق فقال:

(**ولو شهد واحد بالشراء أو الكتابة بألف، والآخر**) شهد بالشراء أو الكتابة (**بألف ومائة.. ردَّت**) يعني: إذا ادّعى المدعي البيع وشهد أحدهما: أنه اشتراه بألف، والآخر بألف ومائة.. لا تقبل؛ سواء كان المدعي يدعي الأقل أو الأكثر، وسواء كان المدعي البائع أو المشتري.

وكذا لو ادّعى المدعي الكتابة واختلف الشاهدان في بدل الكتابة بالزيادة والنقصان؛ سواء كان المدعي يدّعي الأقل أو الأكثر، وسواء كان هو المولى أو المكاتب.. لا تقبل، وهذا لأن المشهود به في الصورتين مختلف؛ إذ المقصود من دعوى البيع قبل التسليم: إثباته؛ سواء كان المدعي هو البائع أو المشتري، وهو يختلف باختلاف الثمن؛ إذ الشراء بألف غيرهما بألف ومائة، واختلاف المشهود به.. يمنع قبول الشهادة.

فإن قيل: لا نسلم أن المقصود إثبات العقد، بل المقصود هو الحكم وهو الملك، والسبب أعني العقد وسيلة إليه.

أجيب: بأن دعوى السبب المعين دليل على أن ثبوته هو المقصود ليترتب عليه حكمه وهو الملك؛ إذ لو كان مقصوده ثبوت الملك.. لادعاه، وهو لا يحتاج إلى سبب معين؛ فإن الشهادة على الملك المطلق صحيحة، فكان مقصوده السبب.

وَكَذَا الْعِتْقُ على مَالٍ، وَالصُلْحُ عَن قَوَدٍ، وَالرَّهْنُ وَالْخُلْعُ إِنِ ادّعى العَبْدُ وَالْقَاتِلُ والراهنُ وَالْمَرْأَةُ.

وَإِنِ ادّعى الآخَر.. ....

فإن قيل: التوفيق ممكن؛ لجواز أن يكون الثمن والبدل أولاً ألفاً ثم زاد عليه مائة أخرى، وعرفه به أحد الشاهدين دون الآخر.

أجيب: بأن السيد الشهيد أبا القاسم ذهب إلى ذلك وقال: تقبل هذه الشهادة، بخلاف ما إذا شهد بجنسين كألف درهم ومائة دينار؛ حيث لا تقبل؛ لعدم إمكان التوفيق؛ لأن الشراء الواحد لا يتصور أن يكون بألف درهم، ثم يصير بألف ومائة دينار، فكانت المسألة خلافية.

ووجه ما في الكتاب - وهو اختيار الجمهور -: أن الشراء بألف ومائة إنما يكون؛ إذا كان الألف والمائة ملصقين بالشراء، وأما إذا اشترى بألف ثم زاد مائة.. فلا يقال: اشترى بألف ومائة، ولهذا يأخذ الشفيع بأصل الثمن بدون الزائد.

وكذا الحال إذا كانت الدعوى في الكتابة؛ أما إذا كان المدعي هو العبد.. فلا خفاء في كون المقصود من [٢٦٤/ب] الدعوى هو العقد.

وأما إذا كان هو المولى؛ فلأن العتق لا يثبت قبل أداء البدل، فكان المقصود إثبات العقد أيضاً؛ كذا في «العناية».

(وكذا العتق على مال، والصلح عن قود، والرهن، والخلع؛ إن ادعى العبد) في العتق على مال **(والقاتل)** في الصلح عن قود، **(والراهن)** في الرهن، **(والمرأة)** في الخلع؛ لأن مقصودهم من الدعوى: إثبات نفس العقد ليترتب عليه حكمه، والعقد يختلف باختلاف المال.. فلا تقبل شهادة الشاهدين؛ أحدهما: شهد بالزيادة، والآخر بالنقصان؛ لاستلزامه اختلاف المشهود به، وهو العقد.

(وإن ادعى الآخر) بأن قال المولى: أعتقتك على ألف ومائة، والعبد يدّعي الألف، وقال ولي القصاص: صالحتك بألف ومائة، والقاتل يدعي الألف.

كَانَ كدعوى الدّين.

وصورته: دعوى الرهن على ما في «الزيلعي».

ادّعى المرتهن أن الراهن رهنه ألفاً وخمسمائة، وادعى أنه قبضه، ثم أخذه الراهن فطلب الاسترداد منه، فأقام بينة، فشهد أحدهما: بألف، والآخر بألف وخمسمائة.. يثبت أقلهما. انتهى.

ولا يخفى عليك: أن هذا صورة دعوى العقد من المرتهن.. فينبغي أن لا تقبل أصلاً؛ كما في دعوى الراهن.

وأما صورة دعوى الدين من المرتهن.. فهي على ما في «فتح القدير»: أن يقول المرتهن: أطالبه بألف وخمسمائة لي عليه على رهن له عندي.

وصورة دعوى الخلع عن الزوج بأن قال الزوج: خالعتك على ألف ومائة، والمرأة تدعي الألف.

(كان كدعوى الدين) في أنه تقبل على الألف إذا ادّعى ألفاً ومائة بالاتفاق؛ لقضية العطف.

وإن ادعى الأقل وهو الألف.. يعتبر فيه الوجوه الثلاثة المذكورة في الدين؛ من: التوفيق، والتكذيب، والسكوت عنهما، على ما تقدم في دعوى الدين.

والأصل هنا: أن كلاً من العتق والصلح عن قود والطلاق: يثبت باعتراف صاحب الحق من المولى، وولي القود، والزوج.. فبقي الدعوى في مجرد الدين.

وأما في الرهن؛ فإن كان المدعي هو الراهن.. لا تقبل تلك الشهادة؛ لعدم اتصالها بالدعوى؛ لأن الراهن لما لم يكن له أن يسترد الرهن قبل قضاء الدين.. كان دعواه غير مقيدة، فكانت كأن لم تكن.

وإن كان هو المرتهن.. كان بمنزلة الدين؛ يقضى بأقل المالين، هكذا ذكره في «العناية».

وَالْإِجَارَةُ كَالْبيع عِنْدَ أَوَّلِ الْمدَّةِ، وكالدَّينِ بعْدهَا.

وَفِي النِّكَاحِ: تقبلُ بِأَلِفِ اسْتِحْسَانًا.

ثم قال: قيل: عقد الرهن بألف غيره بألف ومائة.. فيجب أن لا تقبل البينة، وإن كان المدعي هو المرتهن؛ لأنه كذب أحد شاهديه.

وأجيب: بأن الرهن عقد غير لازم في حق المرتهن؛ حيث كان له ولاية الرد متى شاء، فكان في حكم العقد، فكان [٢٦٥/أ] الاعتبار: لدعوى الدين؛ لأن الرهن لا يكون إلا بدين.. فتقبل البينة، كما في سائر الديون، ويثبت الرهن بالألف ضمناً وتبعاً للدين.

(**والإجارة كالبيع عند أول المدة**) أي: قبل انقضائها.. فلا تقبل الشهادة المذكورة فيها؛ لأن المقصود قبل مضي المدة إثبات العقد، وقد اختلف باختلاف البدل - أي: الأجرة - كاختلاف البيع باختلاف الثمن.

(**وكالدين بعدها**) لأن المدعي بعدها؛ إما الآجر أو المستأجر؛ فإن كان الآجر.. فهو دعوى المال، فيقضى بأقل المالين إن ادّعى الأكثر وشهد أحدهما بالأقل والآخر بالأكثر؛ لأن المدة إذا انقضت.. كانت المنازعة في وجوب الآجر، فصار كدعوى الدين.

وإن كان الثاني.. فقال بعض مشايخنا: فهذا دعوى العقد بالإجماع، فيكون في معنى الأول، فتبطل الشهادة، ويؤاخذ المستأجر باعترافه بالأقل أو الأكثر.

وفي «الخلاصة»: وإن كانت الدعوى بعد مضي المدة والمدعي هو المستأجر.. فهي كدعوى البيع.

(**وفي النكاح: تقبل بالألف استحساناً**) يعني: إذا اختلف الشهود في النكاح، فشهد أحدهما: بألف، والآخر بألف ومائة.. قبلت بألف عند أبي حنيفة استحساناً؛ لأن المال في النكاح تابع، حتى صحّ بلا تسمية مهر، والاختلاف في التابع لا يوجب

وَلَا فرقَ فِيهِ بَينَ دَعْوَى الْأَقَلِّ أَو الْأَكْثَرِ.

وَقَالَا: ردَّتْ فِيهِ أَيْضاً.

وَلَا بُدَّ مِنَ الْجَرِّ فِي شَهَادَةِ الْإِرْثِ؛ بِأَن يَقُولَ الشَّاهِدُ: مَاتَ وَتَرَكَهُ مِيرَاثاً لِلْمُدَّعِي، أَو مَاتَ وَهَذَا ....

الاختلاف في الأصل، فكان إثباتاً ثابتاً بلا اختلاف؛ فإذا وقع الاختلاف في المال.. يقضى بالأقل؛ لاتفاقهما عليه؛ كما في الدين.

(**ولا فرق فيه**) أي: في النكاح (**بين دعوى الأقل أو الأكثر**)؛ لأن المنظور إليه هو العقد، وهو لا يختلف باختلاف البدل؛ لكونه غير مقصود.. فلا يراعى فيه ما هو شرط في الدين من دعوى الأكثر.

وقيل: يشترط فيه دعوى الأكثر أيضاً؛ لكونه كالدين، واختاره شمس الأئمة.

والأصح: هو الأول، على ما في «الهداية».

(**وقالا: ردت فيه أيضاً**) أي: كما في البيع؛ لأن هذا اختلاف في السبب؛ لأن المقصود من الجانبين هو العقد، والاختلاف في السبب يمنع قبول الشهادة كما في البيع.

ثم قيل: هذا الاختلاف فيما إذا كانت المرأة هي المدعية، وأما إذا كان المدعي هو الزوج.. فلا تقبل بالإجماع؛ لأن مقصود المرأة قد يكون المال، بخلاف الزوج؛ فإن مقصوده ليس إلا العقد، فيكون الاختلاف فيه، وهو يمنع القبول.

وقيل: الخلاف في الفصلين جميعاً، وهو الأصح، على ما في «الهداية».

وعلله في «العناية»: بأن الكلام ليس في أن الزوج يدعي العقد أو المال، أو المرأة تدعي ذلك، وإنما الكلام: في أن الاختلاف في الشهادة على مقدار المهر [٢٦٥/ب] هل يوجب خللاً في نفس العقد أو لا يوجب؟

قال أبو حنيفة: لا يوجب ذلك، وقالا: يوجبه.

(**ولا بد من الجر**) أي جرّ الميراث إلى المدعي (**في شهادة الإرث؛ بأن يقول الشاهد: مات**) فلان، وهذا المدعي وارثه (**وتركه ميراثاً للمدعي، أو: مات وهذا**

مِلْكُهُ، أَو فِي يَدِهِ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

ملكه أو في يده) حتى لو قال الشاهد: كان هذا المورث لهذا المدعي.. لا يقضى للوارث حتى يجر إلى المدعي، على ما في ذكره المصنف. هذا عند أبي حنيفة ومحمد.

(خلافاً لأبي يوسف) قال: إن ملك المورث: ملك الوارث بطريق الخلافة، ولهذا يرد بالعيب، ويرد عليه به، وإذا كان كذلك.. صارت الشهادة بالملك للمورث: شهادة به للوارث بلا جر.

ولهما: أنّ ملك الوارث يتجدد في حق العين، ولهذا يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة، ويحلّ للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير، والمتجدد يحتاج إلى النقل والجر؛ لئلا يكون الاستصحاب مثبتاً، إلا أنه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت؛ لثبوت الانتقال ضرورة، وكذا على قيام يده؛ لأن الأيدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان؛ إذ الظاهر من حال المسلم في ذلك الوقت: أن يسوي أسبابه ويبين ما في يده من الودائع والغصوب؛ فإذا لم يبين.. علم أن ما في يده ملكه، فجعل اليد عند الموت دليل الملك.

فإن قيل: قد يكون اليد يد أمانة ولا ضمان فيها، حتى ينقلب بواسطته يد ملك.

أجيب: بأن الأمانة تصير مضمونة بالتجهيل بأن يموت ولم يبين أنها وديعة فلان؛ لأنه حينئذ ترك الحفظ، وهو تعد يوجب الضمان.

وهل يلزم للمدعي أن يدعيه بسبب الإرث، أو يكفيه دعوى ملك مطلق؟

ففي «المحيط» السرخسي: أنه يكفيه دعوى الملك المطلق؛ حيث قال فيه: سئل شيخ الإسلام أبو الحسن السغدي عمن ادّعى عيناً في يد إنسان ملكاً مطلقاً، وشهد له الشهود أنه ورثه من أبيه.. قال: لا تقبل هذه الشهادة.

فقيل له: إن محمداً ذكر في «الأصل»، وفي «الجامع»: أن من ادعى ملكاً مطلقاً وشهد الشهود بالسبب: أن الشهادة تقبل.

قال: هذا هكذا، في موضع صحت الشهادة على السبب، والشهادة على السبب هنا لا تصح، لأنهم شهدوا بالميراث ولم يجر بالميراث، ولكن هذا ليس بصواب؛ فإن قولهم: ورثه من أبيه.. كاف لإثبات الملك بسبب الميراث؛ كقولهم: اشتراه من فلان، وهو معنى جر الميراث، فكانت الشهادة صحيحة، فيجب قبولها. انتهى.

وإلى ما ذكرناه: أشار المصنف؛ حيث قال: ولا بد من الجر في شهادة [٢٦٦/أ] الإرث، ولم يقل: في دعوى الإرث.

ثم اعلم: أنه كما لا بد من الجرّ في شهادة الإرث.. لا بد فيها أيضاً من بيان جهة الوراثة؛ لما في «البزازية» نقلاً عن «الأقضية»: شهدا بأنه وارثه لا وارث له غيره، أو أخوه، أو عمه لا نعلم له وارثاً غيره.. لا تقبل حتى يبينا طريقة الوراثة، أو طريقة الأخوة والعمومة؛ لاختلاف الأسباب.

وكذا إذا قال: «مولاه» لا بد من بيان طريقة الولاء؛ لأن المولى مشترك؛ فإن قالا: هو مولاه أعتقه ولا نعلم له وارثاً غيره.. فحينئذٍ تقبل، كذا في المتقدم.

ويشترط ذكر: «لا وارث له غيره»؛ لإسقاط التلوم عن القاضي.

وقوله: «لا أعلم له وارثاً غيره» بمنزلة لا وارث له غيره عندنا.

وكلّ من لا يحجب حجب حرمان - كالأب والابن - إذا ذكر أنه أبوه أو ابنه.. لا يشترط أن يقولوا: هو وارثه، على ما هو المختار للفتوى.

وفي ذكر الأخوة والعمومة لا بد من ذكر لفظ الوراثة؛ لاحتمال أن يكون رضاعاً أو قبيلة أو نسباً.

ولا بد أيضاً من ذكر ابن عمه لأب وأم، أو لهما.

كما لا بد من ذكر أنه أخ لأب وأم أو لهما، أو عم لأب وأم أو لهما في شهادة الأخوة والعمومة.

ولو شهدوا أنه ابن ابنه، أو بنت ابنه.. لا بد من أن يقولوا: إنه وارثه.

وفيها أيضاً: شهدا بأنه أخ الميت وقضى به، ثم شهد هذان لآخر على أنه ابن الميت أيضاً.. لا يبطل القضاء الأول، بل يضمنان للثاني ما أخذ الأول من الميراث. انتهى.

وذكر في «البحر»: أنهم إذا شهدوا أنه أخوه.. فلا بد من بيان أنه أخوه لأب وأم، أو لهما.

ثم ذكر نقلاً عن «الظهيرية»: ادعى أنه وارث فلان الميت، وأقام شاهدين فشهدا أنه وارث فلان الميت لا وارث له غيره؛ فإن القاضي يسألها عن النسب، ولا يقضي قبل السؤال.

ولو أقام المدعي بينته أنه وارث فلان الميت، وأن قاضي بلد كذا فلان بن فلان قضى بأنه وارثه لا وارث له غيره وأشهدنا على قضائه، ولا يدري بأي سبب قضى.. فإن القاضي يسأل المدعي عن النسب الذي قضى له القاضي به؛ فإن بين.. قضى له بالميراث؛ لأن قضاء القاضي يحمل على الصحة ما أمكن، ولا ينتقض بالشك، ولا يقضي بالنسب الذي بين المدعي؛ لأن هذا القاضي لا يدري أن القاضي الأول هل قضى بذلك النسب أم لا، هكذا في «قاضي خان» أيضاً.

ثم ذكر مسألة من «الظهيرية»: استدل على أن الجر شرط في شهادة ملك المورث لا في شهادة شراء المورث، وهي: ادّعى داراً [٢٦٦/ب] في يد رجل أنّ أباه اشتراها من ذي اليد بألف درهم ومات أبوه، فجحد البائع ذلك.. صح دعواه. وإن لم يذكر في دعواه أنّ أباه مات وتركها ميراثاً له، وهو الذي يقال: الجر شرط عند أبي حنيفة ومحمد لصحة الدعوى.

فَإِن قَالَ: كَانَ هَذَا الشَّيْءُ لأَبي الْمُدَّعِي، أَعَارَهُ من ذِي الْيَد، أَو أودَعهُ إِيَّاه.. قُبِلَتْ بِلَا جَرٍّ.

ثم القاضي يسأل البينة؛ فإذا أقام البينة على ذلك وقالوا: لا نعلم له وارثاً غيره.. لا بد من الجر لصحة الدعوى. انتهى.

قال: وبه ظهر أن الجر شرط لصحة الدعوى أيضاً، لا لصحة الشهادة والقضاء فقط. انتهى.

فقد استدل بهذه المسألة على أمرين:

أحدهما: أن الجر شرط في شهادة الملك لا في شهادة الشراء.

والثاني: أنه شرط لصحة الدعوى أيضاً.

والأول ظاهر، وإن أراد بالثاني أن جر الشاهد شرط لصحتها.. فمسلم، وهو الظاهر من تلك المسألة.

وإن أراد أن جرّ المدعي في دعواه شرط لصحة دعواه.. فهو ممنوع، ولا دلالة عليه في تلك المسألة أيضاً، كيف وقد ذكرنا آنفاً من «المحيط» مسألة يستدل بها على عدم اشتراط جر المدعي في دعواه.

ثم من شرط قبول الشهادة بالميراث: أن يدرك الشاهد الميت؛ لما في «البزازية»: شهدا أن فلان بن فلان مات وترك هذه الدار ميراثاً له ولم يدركا الميت.. فشهادتهما باطلة؛ لأنهما شهدا بملك لم يعاينا سببه، ولا رأياه في يد المدعي.

(فإن قال) الشهود: **(كان هذا الشيء لأب المدعي أعاره من ذي اليد أو أودعه إياه.. قبلت)** الشهادة اتفاقاً **(بلا جرّ)**؛ أما عند أبي حنيفة: فلأن قيام اليد عند الموت يغني عن الجر وقد وجد ذلك؛ لأن يد المستعير والمودع يد المعير والمودع.

وأما عند أبي يوسف: فلعدم إيجابه الجر في الشهادة مطلقاً.

واعلم: أنه قال في «الكنز»: وملك المورث لم يقض لوارثه بلا جرّ، إلا أن يشهدا بملكه أو بيده أو يد مستعيره وقت الموت.

وَإِن شَهدا أَنَّ هَذَا الشَّيْءَ كَانَ فِي يَد الْمُدَّعِي مُنْذُ كَذَا.. رُدَّتْ.
وَإِن شَهدا أَنَّه كَانَ مِلْكُه.. قُبلت.

قلت: هذا أحسن من كلام المصنف بوجهين:

أحدهما: أن المصنف جاء بالفاء التفريعية؛ حيث قال: «فإن قال»، وليس محل التفريع.

والثاني: أنه جعل الشهادة بملكه وبيده من قبيل الجر، وجعل الشهادة بيد مستعيره ومودعه مما لا يحتاج إلى الجر، مع أن الشهادة بملكه ويده: مثل الشهادة بيد مستعيره ومودعه في عدم كونه من قبيل الجر، كما جعله صاحب «الكنز».

(**وإن شهدا أن هذا الشيء كان في يد المدعي منذ كذا.. ردت**) يعني: إذا ادعى داراً في يد رجل، فأقام البينة، وقالا: نشهد أن الدار كانت في يد المدّعي منذ شهر مثلاً، والحال أنها ليست في يد المدعي وقت الدعوى.. لا تقبل في ظاهر الرواية، وهو قول أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف [٢٦٧/أ]: إنها تقبل؛ لأن اليد مقصودة كالملك، ولو شهدا بالملك.. قبلت، فكذا لو شهدا باليد.

ووجه الظاهر: أن الشهادة قامت لمجهول؛ لأن اليد منقضية تزول بأسباب الزوال، فربما زالت بعدما كانت، فيكون مجهولاً، والقضاء بالمجهول متعذر، ولأنها أي: اليد متنوعة إلى: يد ملك، ويد أمانة وضمان، فكانت مجهولة، والقضاء بإعادة المجهول متعذر، بخلاف الملك؛ لأنه معلوم غير مختلف.

(**وإن شهدا أنه كان ملكه.. قبلت**) بالاتفاق؛ لأن الملك مقصوده، فتقبل الشهادة عليه.

قال الإمام السرخسي في «المحيط»: إذا ادعى رجل جارية في يد رجل وقال: هذه الجارية كانت لي، وشهد الشهود أنها له.. لم تذكر هذه المسألة في شيء من الكتب، وقد اختلف المشايخ فيها:

وَلَو أقرَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أنَّه كَانَ فِي يَدِ الْمُدَّعِي.. أُمِرَ بِالدَّفعِ إِلَيْهِ.
وَكَذَا لَو شَهدا بِإِقْرَارِهِ بذلكَ.

بعضهم قالوا: تقبل؛ لأن هذا الاختلاف لو وقع بين الشاهدين بأن ادعى المدعي أنها له، وشهد أحدهما أنها له، وشهد الآخر أنها كانت له.. لم يمنع قبول الشهادة، فكذا إذا وقع بين المدعي والشاهدين.

ومنهم من قال: إنها لا تقبل، وهو الأصح، وعلى قياس قول هذا القائل: إذا ادعى المدعي أنها له، وشهد الشاهدان أنها كانت له.. ينبغي أن لا تقبل الشهادة.

(**ولو أقر المدعى عليه أنه كان في يد المدعي.. أمر بالدفع إليه**)؛ لأن جهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار.

(**وكذا لو شهدا بإقراره بذلك**)؛ لأن الشهود به هو الإقرار، وهو معلوم، والجهالة في المقر به، وذلك لا يمنع القضاء.

وذكر الإمام السرخسي في «المحيط» هذه المسألة وقاس عليها مسألة أخرى وقال: وكذلك إذا عاين القاضي كونه في يد المدعي أمس.. يأمر بالتسليم إلى المدعي.

وقال فيه أيضاً: إذا ولدت أمة الرجل ولداً، فادعت أنّ مولاها أقرّ به، وجحد المولى ذلك، فأقامت على ذلك شاهدين، فشهد أحدهما أنه ابنه ولد على فراشه، وشهد الآخر أن المولى أقرّ به.. لا تقبل شهادتهما؛ لأن المشهود به قد اختلف بالفعل والقول. انتهى.

* * *

(بَابُ الشَّهَادَةِ على الشَّهَادَةِ)

تُقبلُ فِي غيرِ حدٍّ وَقَودٍ، ....

(بَابُ الشَّهَادَةِ عَلى الشَّهَادَة)

لما فرغ عن بيان شهادة الأصول.. شرع في بيان شهادة الفروع على ما هو مقتضى الترتيب الطبيعي، وهي جائزة استحساناً؛ لمساس الحاجة إليها عند عجز الأصل في كل حق لا يسقط بالشبهة.

(**تقبل في غير حد وقود**)، لا فيهما؛ لما فيها من شبهة البدلية من حيث المشهود به، وشبهة زيادة احتمال الكذب.

أما شبهة البدلية: فلأن البدل ما لا يصار إليه إلا عند العجز عن الأصل، وهذه الشهادة كذلك وأما أنها من حيث المشهود به.. فلأن المشهود به [٢٦٧/ب] بشهادة الفروع: هو شهادة الأصول، والمشهود به بشهادة الأصول: هو ما عاينوه مما يدعيه المدعي.

وأما شبهة زيادة احتمال الكذب: فإن في شهادة الأصول تهمة الكذب؛ لعدم العصمة، وفي شهادة الفرع: تلك التهمة، مع زيادة احتمال كذبهم، مع إمكان الاحتراز بجنس الشهود؛ بأن يزيدوا في عدد الأصول عند إشهادهم، حتى إن تعذرت إقامة بعض.. قام بها الباقون، فلا تقبل في الحدود والقود.

وفي إطلاق المصنف إشارة إلى أن الشهادة على الشهادة جائزة في الوقف، على ما هو الصحيح؛ صوناً عن اندراسه، وليشمل التعزير أيضاً، وهو جائز، وقضاء القاضي أيضاً، صرح هذه الثلاثة في «البحر».

وقال في «القنية» بعلامة شرف الدين المكي: خرج الحاكم عن المحكمة، ثم أشهد على حكمه.. تصح الشهادة.

وهذا دليل على جوازها في قضاء القاضي.

ثم قال رامزاً إلى قاضي عبد الجبار: والحضور شرط.

وإِنْ تَكَرَّرتْ.

وَشُرِط لَهَا تعذُّرُ حُضُورِ الأَصْلِ بِمَوْتٍ أَو مرضٍ، أَو سفرٍ.

وهذا ظاهر في عدم جوازها، فكانت المسألة خلافية.

ويجوز في النسب أيضاً، على ما سيأتي الإشارة إليه في الكتاب.

(وإن) وصلية **(تكررت)** أي: الشهادة على الشهادة وهلم جرّا؛ أعني: الشهادة على شهادة الفروع ثم وثم.

(وشرط لها) أي: للشهادة على الشهادة: **(تعذر حضور الأصل بموت)**؛ يعني: لو مات الأصل.. يجوز للفرع أن يشهد بعد موته على ما أشهد به.

وفي «الخانية» ما يخالف هذا؛ حيث قال في كتاب القاضي إلى القاضي: إن الأصل إذا مات قبل أن يشهد الفروع على شهادة الأصل.. بطلت الشهادة.

وقال في قضاء «النهاية»: إن الأصل إذا مات.. لا تقبل شهادة فرعه.

(أو مرض) يمنعه عن الحضور بمجلس القضاء.

وكونها مخدرة عذر كالمرض كما في «القنية»؛ حيث قال: الأصل في الشهادة إذا كانت امرأة مخدرة.. يجوز إشهادها على شهادتها.

والمرأة التي تخرج من بيتها لقضاء حاجتها ولأجل الحمام ونحوه.. تكون مخدرة؛ بشرط أن لا تخالط الرجال. انتهى.

(أو سفر)؛ لأن ما دون مدة السفر ليس بعجز في ظاهر الرواية.

عن أبي يوسف: أن الأصل لو كان في مكان لو غدا إلى مجلس القضاء لأداء الشهادة لا يمكنه أن يبيت في منزله.. يجوز له الإشهاد؛ دفعاً للحرج، وإحياء لحقوق الناس.

قالوا: الأول أحسن، والثاني: أرفق.

وروي عن أبي يوسف ومحمد - وأخذه كثير من مشايخنا -: أنها تقبل مطلقاً وإن كانوا في المصر؛ لأنهم ينقلون قولهم، فكان كنقل إقرارهم [٢٦٨/أ].

وفي «البزازية»: قالوا: هذا غير ظاهر، فلا يفتى به.

واختار الإمام السرخسي في «المحيط» جوازه؛ حيث قال فيه: الإشهاد على الشهادة صحيح، وإن كان في المصر بلا خلاف، حتى إذا غاب الأصل بعد ذلك أو مات فشهد الفرع على شهادته.. تقبل.

وإن كان الأصل محبوساً في المصر وأشهد على شهادته.. هل يجوز للفرع أن يشهد على شهادته؟ وإذا شهد عند القاضي.. فالقاضي هل يعمل بشهادته؟

فاختلفوا فيه:

قال بعضهم: إن كان محبوساً في سجن هذا القاضي.. لا يجوز، وإن كان محبوساً في سجن الوالي ولا يمكنه الإخراج من الحبس للشهادة.. يجوز.

وقال بعضهم: ينبغي أن لا تجوز هذه الشهادة. انتهى.

وفي «الصغرى»: الإشهاد على الشهادة جائز بلا عذر بالأصول، حتى لو حلهم العذر بعد التحميل فشهدوا بذلك التحميل.. يجوز.

وهل يكفي مجرد سفر الأصل في شهادة الفرع بأن يجاوز مصره قاصداً السفر، على ما هو الظاهر من كلام المصنف؟ أو يلزمه من غيبة الأصل ثلاثة أيام ولياليها؟

ففي «البحر»: إنه يجوز للفرع أن يشهد على شهادة الأصل بمجرد سفر الأصل.

وفي «الخلاصة»: لا بد وأن يكون في مسيرة ثلاثة أيام ولياليها، وهكذا في «العناية» أيضاً.

فإن قيل: قد صرح في «البزازية» و«العناية»: أنه لو شهد واحد على شهادة نفسه، وآخران على شهادة غيره.. تصح هذه الشهادة، فدل هذا على أن الشهادة على الشهادة جائزة مع حضور الأصل، فكيف يشترط تعذر حضوره؟

قلنا: إن الشاهدين الآخرين في هذه المادة ليسا بشاهدين عن الأصل الحاضر، بل هما شاهدان عن الأصل الغائب الذي تعذر حضوره بأحد الأعذار المذكورة.

وأنْ يشْهدَ عَن كلِّ أصلٍ: اثْنَانِ، ....

(**وأن يشهد**) عطف على تعذر (**عن كل أصل اثنان**)، خلافاً لمالك قال: يكفي شهادة واحد عن كل أصل؛ لأن الفرع قائم مقام الأصل؛ فكأنه حضر بنفسه.

ولنا: ما روي عن علي رضي الله عنه: لا يجوز على شهادة رجل.. إلا شهادة رجلين.

ولأن نقل شهادة الأصل حق من الحقوق.. فلا بد من نصاب الشهادة؛ لأنها حجة ملزمة.

وفي قوله: «عن كل أصل»: إشارة إلى أنه لا يشترط أن يكون الشهود على شهادته؛ أي: الأصل رجلاً؛ لأن للمرأة أيضاً أن تشهد على شهادتها رجلين، أو رجل وامرأتين، كذا في «البحر».

وفي قوله: «اثنان» إشارة إلى أنه لا يشترط أن يكون الفرع رجلاً، بل يجوز أن يكون الفرع امرأة أيضاً، لكنه يشترط أن يكون من رجل: امرأتين، كذا في «البحر» [٢٦٨/ب].

وبه ظهر ضعف ما في «الحاوي القدسي» من أنه لا تقبل شهادة النساء على الشهادة.

وهل يجوز شهادة الابن على شهادة الأب؟

ففي «البزازية» نقلاً عن «الصغرى»: شهادة الابن على شهادة الأب جائزة، وعلى قضائه: لا تجوز.

وفي رواية: والصحيح: الجواز على قضائه أيضاً.

وفي «الكافي»: إن شهد كافران على شهادة مسلمين لكافر على كافر بحق.. لم يجز.

وقال في «البزازية» نقلاً عن «الأصل»: شهدا عن رجل، وأحدهما أصل في شهادته فرع عن آخر، ثم شهد هذا بعد نقل شهادة الأصل على شهادة نفسه.. لا

لَا تغايرَ فرعَي الشَّاهِدَين.

وصفتُها: أَن يَقُولَ الأَصْلُ: اشهدْ على شهادتي أَنِّي أشهدُ بِكَذَا، وَيَقُولَ الْفَرْعُ عِنْدَ الْأَدَاء: أَشهدُ أنَّ فلَاناً أَشهدني على شَهَادَته بِكَذَا، وَقَالَ لي: اشْهَدْ على شهادتي بِهِ.

تقبل؛ لأدائه إلى أن يثبت بشهادة واحد ثلاثة أرباع الحق، وإنه خلاف وضع الشهادة. انتهى.

فعلم منه: أن المراد بالاثنين: من لا يكون أصلاً في شهادته قطعاً.

(**لا تغاير فرعي الشاهدين**) الأصلين، خلافاً للشافعي قال: لا يجوز، إلا أن يشهد على شهادة كل منهما شاهدان غير الذين شهدا على شهادة الآخر، فذلك أربع، على كل أصل اثنان.

ولنا: إطلاق ما روينا عن عليّ رضي الله عنه، ولأن نقل الشهادة من الحقوق؛ فإذا شهد بها اثنان.. فقد تم النصاب، ثم إذا شهدا بشهادة الآخر.. شهدا بحق آخر غير الأول.

(**وصفتها**)، أي: صفة الشهادة على الشهادة: (**أن يقول الأصل: اشهد على شهادتي أني أشهد بكذا**)؛ لأن الفرع نائب عن الأصل، فلا بد له من التحميل والتوكيل.

(**ويقول الفرع عند الأداء: أشهد أن فلاناً**) بن فلان بن فلان؛ لأنه لا بد أن يذكر الفروعُ أسماءَ الأصول وأسماء آبائهم وأجدادهم، على ما صرح به في «الخلاصة».

(**أشهدني على شهادته بكذا وقال لي: اشهد على شهادتي به**)؛ لأنه لا بد في شهادة الفرع من: شهادته، وذكر شهادة الأصل، وذكر التحميل، وهذه العبارة جامعة لها.

اعلم: أنهم طولوا الكلام في بيان لفظ الشهادة على الشهادة: ففي «المحيط» السرخسي: أن كثيراً من مشايخنا قالوا في تحميل الشهادة: يقول شاهد الأصل بين

يدي شاهد الفرع: أشهد أن لفلان على فلان كذا وأنا أشهدك على شهادتي فاشهد أنت على شهادتي بذلك، فيحتاج إلى خمس شينات.

وقالوا في أداء الشهادة على الشهادة: إن الفرع يقول بين يدي القاضي: أشهد أن فلاناً شهد عندي أن لفلان على فلان كذا من المال وأشهدني على شهادته وأمرني أن أشهد على شهادته وأنا أشهد على شهادته الآن فيحتاج إلى ثمان شينات.

قال الخصاف وجماعة من المحققين كالفقيه أبي جعفر وغيره: هذا تكلف [٢٦٩/أ]، وما دونه يكفي في التحميل والأداء:

أما في التحميل: فيقول الأصل في الإشهاد: أشهد أن لفلان على فلان كذا فاشهد أنت على شهادتي بكذا، فيحتاج إلى ثلاث شينات.

وأما في الأداء: فيقول الفرع عند القاضي: أشهد أن فلاناً شهد عندي أن لفلان على فلان كذا وأشهدني على شهادته وأنا أشهد على شهادته بذلك، فيحتاج إلى ست شينات.

واختار شمس الأئمة الحلواني لفظاً آخر، وهو أن يقول في الأداء: أشهد على شهادة فلان أن لفلان على فلان كذا، أشهدني فلان على شهادته وأمرني أن أشهد بها.. فيكفي خمس شينات.

أو يقول: أشهد أن فلاناً شهد عندي أن لفلان على فلان كذا وأشهدني على شهادته.

وقال الفقيه أبو الليث: إذا قال الفرع: أشهد على شهادة فلان بكذا.. جاز، ولا يحتاج إلى زيادة شيء.

وهكذا حكى شمس الأئمة السرخسي، وذكره أيضاً محمد في «السير الكبير».

والمصنف اختار في الأداء: خمس شينات كما اختاره الحلواني.

وَيصِحُّ تَعْدِيلُ الْفَرْعِ أَصلَه، وَأَحدِ الشَّاهِدَين الآخَر.

فَإِن سكتَ عَنهُ.. جَازَ وَنُظِرَ فِي حَالِهِ.

عِنْد أبي يُوسُف.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: تُردُّ شَهَادَتُهُ.

وقال في «الأقضية»: وهو المختار، وأختار في التحميل ثلاث شينات كما اختاره الخصاف.

(ويصحّ تعديل الفرع أصله) في ظاهر الرواية؛ لأنه من أهل التزكية.

وقيل: لا يصح تعديل أصله؛ لما فيه من تهمة تنفيذ شهادة نفسه بتعديل أصله.

وأجيب: بأنّ العدل لا يتّهم بمثله، قال الإمام السرخسي في «المحيط»: إن محمداً لم يشترط في «المبسوط»: سؤال القاضي عن عدالة الأصل، وإنما عرف هذا من جهة الخصاف، ثم ذكر: وروي عن محمد: أن تعديل الفرع الأصول لا يكون صحيحاً، وهكذا ذكر عن أبي يوسف.

(و) يصح أيضاً تعديل (أحد الشاهدين الآخر)؛ لما ذكرناه من أنه أهل للتزكية.

قيل: لا يصح هذا أيضاً؛ لما فيه من تهمة المشاركة.

والجواب: ما مر آنفاً.

(فإن سكت عنه) الفرع عن تعديل الأصل وقال: لا أخبرك، أو قال: لا أعرفه عدلاً أو لا (.. جاز) شهادته.

(و) لكن (نظر) القاضي (في حاله) أي: حال الأصل بأن سأل من غير الفرع من المزكين (عند أبي يوسف، وقال محمد) - واختاره الخصاف -: (ترد شهادته)؛ لأنه لا شهادة إلا بالعدالة؛ فإن لم يعرف الفرع عدالة الأصل.. لم ينقل شهادته، فلا تقبل.

ولأبي يوسف: أن اللازم على الفرع مجرد نقل الشهادة دون تعديل الأصل؛ لأن التعديل قد يخفى عليهم؛ فإذا نقلوها.. فقد أقاموا ما وجب عليهم، ثم القاضي يتعرف العدالة؛ كما إذا حضر الأصول بأنفسهم فشهدوا.

وَتبطلُ شَهَادَةُ الْفَرْعِ بِإِنكارِ الأَصْلِ الشَّهَادَةَ.

وقال الإمام السرخسي: والصحيح: قول أبي يوسف.

(وتبطل شهادة الفرع [٢٦٩/ب] **بإنكار الأصل الشهادة)** فسر الإنكار في «العناية» بقوله: بأن قالوا: ما لنا في هذه الحادثة شهادة، ثم جاء الفروع يشهدون بشهادتهم.. لم تقبل شهادة الفروع.

وفسره في «البحر» بقوله: بأن قالوا: لم نشهدهم على شهادتنا فماتوا أو غابوا، ثم يشهد الفروع.

وتفسير «البحر» مبني على تفسير الشهادة بالإشهاد، على ما فسره كذلك في «الزيلعي»، وعلى التفسيرين: إنما لا تقبل بعد الإنكار؛ لأن التحميل لم يثبت بالتعارض بين الأصول والفروع، والتحميل شرط في شهادة الفروع.

أطلق «الإنكار» فشمل: ما كان قبل شهادة الفرع، وما كان بعد شهادته وقبل القضاء.

صورة الأول: ما ذكرناه آنفاً.

وصورة الثاني: ما قال في «البزازية» نقلاً عن «الجامع»: شهدا على شهادة رجلين، فقبل أن يقضي القاضي بشهادتهما حضر الأصلان ومنعا الفرعين عن الأداء.. قيل: لا يعمل المنع، والأصح: أنه يعمل المنع، فيبطل شهادتهما، وعليه عامة المشايخ.

فعلم منه: أن شهادة الفرع يبطل مبنى الأصل.

وقال في «منية المفتي»: نهى الأصل الفرع عن الأداء بعدما أمره.. لا رواية فيه عن المتقدمين، واختلف المتأخرون فيه.

وفي «الخانية»: رجل أشهد رجلاً على شهادته، ثم نهاه أن يشهد على شهادته.. لا يصح نهيه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، حتى لو شهدا بعد النهي.. جازت شهادته.

وإِنْ شَهدا على شَهَادَةِ اثْنَيْنِ على فُلَانَة بنتِ فلَانِ الْفُلَانِيَّةِ وَقَالا: أخبرانا: أَنَّهُمَا يعرفانِها، وَجَاء الْمُدَّعِي بِامْرَأَةٍ لم يدريا أَنَّهَا هِيَ أم لَا.. قيلَ لَهُ: هَاتِ شَاهِدَين أنَّها هِيَ.

وفي «البحر» نقلاً عن «الخلاصة»: لو سئل الأصول عن الفروع فسكتوا.. لم يبطل الإشهاد بسكوتهم، ولذا قيّد المصنف بالإنكار.

ومما يبطل به شهادة الفروع أيضاً: ما ذكر في «الخلاصة» و«البزازية»: أنه إذا خرس الأصلان أو عميا أو فسقا أو ارتدا أو جنا.. لم يجز شهادة الفروع.

وهل يبطل لحضور الأصل؟

[قال في «البحر»: ولو أن فروعاً شهدوا على شهادة الأصول] ثم حضر الأصول قبل القضاء.. لا يقضى بشهادة الفروع. انتهى.

قال: وظاهر قول «الخانية»: لا يقضى، دون أن يقول: بطل الإشهاد، أن الأصول لو غابوا بعد ذلك.. قضى شهادتهم. انتهى.

قلت: الظاهر من مسألة «الخانية»: كون شهادة الفروع عند حضور الأصل موقوفاً، لا بطلانها، وإلا.. لما صح القضاء بها بعد غيبوبة الأصل، فلا يصح الاستدلال بها على البطلان، كما استدل صاحب «البحر».

(**وإن شهدا**) أي: الفرعان (**على شهادة اثنين على فلانة بنت فلان الفلانية**) أي: المصرية أو الكوفية أو نحوهما.

(**وقالا**)؛ أي: الفرعان: (**أخبرانا**) الأصلان (**أنهما يعرفانها**) أي: تلك المرأة، (**وجاء المدعي بامرأة لم يدريا**) أي: الفرعان (**أنها**) أي المرأة التي أتاها المدعي (**هي**) التي فلانة بنت فلان [٢٧٠/أ] الفلانية (**أم لا؟ قيل: له**) أي للمدعي: (**هات شاهدين أنها هي**)؛ لأن الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت، والمدعي يدعي الحق على الحاضرة، ولعلها غيرها.. فلا بد من تعريفها بتلك النسبة؛ كما إذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدودها، وشهدوا على المشتري بعدما أنكر: أن يكون

وَكَذَا فِي نقلِ الشَّهَادَةِ؛ فإِنْ قَالَا فيهمَا: التميميةُ.. لَا يجوزُ حَتَّى ينسباها إِلَى فَخذِهَا.

المحدود بها في يده.. لا بد من شاهدين آخرين يشهدان بأن المحدود بها في يد المدعى عليه.

(**وكذا في نقل الشهادة**) أي: كتب قاضي بلد إلى آخر: شاهدان شهدا عندي أن لفلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني كذا درهماً.. فاقض عليه بذلك، فأحضر المدعي فلاناً في مجلس القاضي المكتوب إليه، ورفع إليه الكتاب.. يقول القاضي: هات شاهدين أن هذا الذي أحضرته هو فلان المذكور في هذا الكتاب؛ ليمكن الإشارة إليه في القضاء.

هذا، واعلم: أنه ليس الغرض من ذكر هذه المسألة: إفادة أنه إذا شهدا على فلانة بنت فلان الفلانية.. تكون النسبة تامة والشهادة مقبولة؛ لأنه لا بد من ذكر الجد أو ما يقوم مقامه من النسبة إلى السكة الصغيرة، أو إلى القبيلة الخاصة؛ لتتم النسبة وتقبل الحجة، بل الغرض منه: أنه لا يشترط أن يعرف الفرع المشهود عليه، بل يقال للمدعي عند عدم معرفة الفرع: هات شاهدين يشهدان أن الذي أحضرته هو المشهود عليه، وإلى هذا أشار بقوله:

(**فإن قالا**)؛ أي: الشاهدان: (**فيهما**) أي في باب الشهادة على الشهادة، وباب كتاب القاضي إلى القاضي: التميمية، أو المصرية، أو نحوهما بأن قالا: فلانة بنت فلان (**التميمية.. لا تجوز**) الشهادة (**حتى ينسباها إلى فخذها**)؛ لأن في الشهادة لا بد من التعريف، وهو لا يحصل إلا بالنسبة الخاصة، وهي بالجد أو الفخذ؛ لأن الفخذ على ما في «الصحاح»: آخر القبائل الست:

أولها: الشعب، ثم القبيلة، ثم الفصيلة، ثم العمارة، ثم البطن، ثم الفخذ.. فكان الفخذ أخص منها، ولهذا فسرها في «الهداية»: بالقبيلة الخاصة؛ فالنسبة إليها تكون خاصة كالنسبة إلى الجد، بخلافها إلى التميمية؛ لأنهم قوم لا يحصون، فكم بينهم نساء اتّحدت أساميهن وأسامي آبائهن.. فلم يحصل التعريف.

والتعريفُ: يتمُّ بِذِكْرِ الْجدِّ أَو الفخذِ ....

وهذا في العرب.

وأما في العجم.. فلا يشترط ذكر الفخذ عندهم؛ لأنهم ضيعوا أنسابهم، بل ذكر الصناعة يقوم مقام ذكر الجد؛ كذا في «شرح الوقاية».

(**والتعريف يتمُّ بذكر الجد أو الفخذ**) يعني: لا تجوز الشهادة حتى ينسباها إلى فخذها؛ لأنه لا بد في الشهادة من [٢٧٠/ب] التعريف، والتعريف إنما يحصل بذكر الجد، أو بما يقوم مقامه، وهو الفخذ؛ لخصوص النسبة فيهما.

أما في الجد: فلقلة الاشتراك في اسم الجد، بخلاف اسم الأب؛ لأن الاشتراك فيه كثير، فلا يحصل به التعريف.

وأما الفخذ: فلقيامه مقام الجد؛ لأن الفخذ يقال للقبيلة الخاصة، أو للجد الأعلى، فنزل منزلة الجد في النسبة، وهو أب الأب الملتقي، ونسبة العبد إلى المولى كالنسبة إلى الأب، وإلى مولى المولى كالنسبة إلى الجد؛ كما سيأتي.

قال في «الأشباه»: المشهود عليه بشيء إن كان حاضراً.. كفت الإشارة إليه، وإن كان غائباً.. فلا بد من تعريفه باسمه واسم أبيه وجده، ولا يكتفى بالنسبة إلى الفخذ، ولا إلى الحرفة، ولا يكفي الاقتصار على الاسم، إلا أن يكون مشهوراً.

ويكفي النسبة إلى الزوج؛ لأن المقصود الإعلام. انتهى.

وكذا إذا كان المشهود عليه ميتاً.. لا بد من تعريفه باسمه واسم أبيه وجده، على ما صرح به في أوائل شهادات «الدرر».

وهو الظاهر في باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل من العناية؛ فإنه لم يفرق ثمة بين كون المشهود عليه ميتاً أو غائباً، لكنه لو قضى القاضي بدون ذكر اسم الجد.. نفذ؛ كذا في شهادات «الدرر» نقلاً عن «العمادي»؛ معللاً بأن في اشتراط ذكر الجد اختلافاً.

أو بِنِسْبَةٍ خَاصَّةٍ.

وَالنِّسْبَةُ إِلَى الْمصرِ، أَو الْمحلةِ الْكَبِيرَةِ: **عَامَّةٌ.**

وَإِلَى السِّكَّةِ الصَّغِيرَةِ: **خَاصَّةٌ.**

ولا ينوب عن ذكر الجد صناعته، إلا إذا كان معروفاً بها؛ بأن لا يكون في بلده شريك له في تلك الصناعة.

والحاصل: أنه لا بد في التعريف من ذكرهم الجد الأعلى وهو أب الأب الملتقي، أو ما يقوم مقامه في التعريف كالفخذ، وعليه الفتوى.

وأفتى به مشايخ الإسلام، وبه أفتيت مراراً.

ولا يكفي ذكر اسم الأب الملتقي.

وأما ذكر اسم أب أب الأب الملتقي.. فغير لازم.

وفي «الفصولين» في الفصل التاسع: أنه يجب في تعريف القن: أن يكتب أنه عبد فلان أو مولى فلان؛ إذ المعتَق يعرف بمولاه.

وإن كان مولاه معتقاً أيضاً.. لا بد أن يقال: إنه مولى فلان، وإن كان المولى الثالث معتقاً أيضاً ولم ينسب إلى مولاه.. لا بأس به؛ إذ المولى الثالث بمنزلة الجد في النسب، فيجوز الاقتصار عليه. انتهى.

(**أو بنسبة خاصة**) احترز بها عن النسبة العامة؛ لأنها يحصل التعريف بها، فبين النسبة الخاصة والعامة بقوله: (**والنسبة إلى المصر أو المحلة الكبيرة: عامة، وإلى السكة الصغيرة: خاصة**)؛ لعموم الاشتراك في الأولى، وخصوصها في الثانية.

* * *

(بَابُ الرُّجُوعِ عَنِ الشَّهَادَةِ)

(بَابُ الرُّجُوعِ عَنِ الشَّهَادَة)

معناه شرعاً: نفي ما أثبته أولاً [٢٧١/أ].

وشرطه: أن يكون في مجلس القاضي، حتى لا يصح الرجوع في غير مجلس القاضي، ولهذا لو ادعى المشهود عليه عند القاضي رجوع الشاهد في غير مجلس القاضي وأنكر الشاهد ذلك، فأراد المشهود عليه إثباته بالبينة، أو أراد أن يستحلفه على إنكاره.. ليس له ذلك، على ما سيصرح به في الكتاب.

وركنه: هو قول الشاهد: رجعت عما شهدت به، أو شهدت بزور فيما شهدت به، أو كذبت في شهادتي هذه.

بخلاف ما لو أنكرها؛ حيث لم يكن رجوعاً، على ما في «البحر» نقلاً عن «الخزانة».

وأما حكمه: فهو على ما ذكره في «المحيط» السرخسي: رجوع الشاهد؛ إن كان قبل القضاء.. يصح في حق نفسه وفي حق غيره، حتى يجب على الشاهد التعزير، ولا يقضي القاضي بشهادته على المشهود عليه.

وإن كان رجوعه بعد القضاء.. كان أبو حنيفة يقول أولاً: ينظر إلى حال الراجع؛ إن كان حاله عند الرجوع أفضل من حاله وقت الشهادة في العدالة.. صح رجوعه في حق نفسه وفي حق غيره، حتى يجب عليه التعزير، وينقض القضاء، ويرد المال على المشهود عليه؛ لترجح جانب الصدق في رجوعه.

وإن كان حاله عند الرجوع مثل حاله عند الشهادة في العدالة أو دونه.. يجب عليه التعزير، ولكن لا ينقض القضاء به، ولا يرد المشهود به على المشهود عليه، ولا يجب الضمان عليه؛ لعدم رجحان جانب الصدق في رجوعه، ثم رجع عن هذا

القول وقال: لا يصح رجوعه في حق غيره على كلّ حال، حتى لا ينقض القضاء، ولا يرد المشهود به على المشهود عليه، وهو قول أبي يوسف ومحمد.

فإذا إذا صح رجوع الشاهد.. ينظر بعد هذا: إن لم يكن المشهود به مالاً بأن كان قصاصاً أو نكاحاً.. فلا ضمان على الشاهد عند علمائنا، وإنما يضمن الدية في القصاص.

وإذا صار الشاهد متلفاً لذلك شهادته بأن كان مالاً؛ فإن كان الإتلاف بعوض يعادله.. فلا ضمان على الشاهد أيضاً؛ لأن الإتلاف بعوض كلا إتلاف، وإن كان بعوض لا يعادله.. فبقدر العوض لا ضمان، ويجب الضمان فيما وراءه.

وإن كان الإتلاف بغير عوض أصلاً.. يجب ضمان الكل.

ثم إن كان المشهود به عيناً.. فللمشهود عليه أن يضمِّن الشاهد المال، وإنما يضمنها إذا استوفى المشهود له ذلك من المشهود عليه، على ما ذكره شيخ الإسلام في «شرحه».

وسوّى شمس الأئمة السرخسي بين العين والدّين وقال: ليس للمشهود عليه أن يضمن الشاهد في [٢٧١/ب] فصل العين قبل أن يأخذ العين من يده كما في فضل الدين.

ثم ينظر إلى قيمة المشهود به يوم القضاء؛ لأن وجوب الضمان عليهما بالإتلاف، والإتلاف حصل بالقضاء، فيقدر القيمة يوم القضاء. الكل في «المحيط» للإمام السرخسي، وتفصيله مذكور فيه أيضاً.

وقال في «البزازية»: وإن رجعا قبل القضاء بالشهادة.. لا يلزم الضمان، وإنما يضمن الراجع إذا قبض المدعي المال، ديناً كان أو عيناً، والذي عليه الفتوى: الضمان بعد القضاء بالشهادة، قبض المدعي المال أو لا.

واعلم: أن تضمين الشاهد لا ينحصر في رجوعه؛ لما في «فروق الكرابيسي»:

لَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ عَنْهَا إِلّا عِنْدَ قاضٍ.

شهد شاهدان على رجل: أن فلاناً أقر منه ألف درهم، وقضى القاضي بها، ثم أقام المقضي عليه بينة على الدفع قبل القضاء بأمر القاضي.. يرد الألف إليه، ولا يضمن الشهود.

ولو شهدوا له عليه ألف درهم وقضى القاضي بذلك وأخذ الألف، ثم أقام المقضي عليه البينة على البراءة قبل القضاء.. يضمن الشهود.

ووجه الفرق:

أن في الوجه الأول: لم يظهر كذبهم؛ لجواز أنه أقرضه، ثم أداه.

وفي الوجه الثاني: ظهر كذبهم؛ لأنهم شهدوا عليه بالألف في الحال، وقد تبين كذبهم، فصاروا [متلفين] عليه، ألا ترى أنه لو قال لامرأته: إن كان لفلان عليه شيء فأنت طالق، فشهد الشهود أنه أقرضه ألفاً.. يحكم بالمال، ولا يحكم بالوقوع.

ولو شهد أن عليه ألفاً.. حكم بالمال والوقوع جميعاً.

تبين بهذا: أن الشهادة بالدين مطلقاً: شهادة على الحق في الحال، كذا في «البحر»، نقلاً عن «الكرابيسي».

إذا عرفت هذا.. فالمصنف رحمه الله أشار أولاً إلى بيان شرط الرجوع فقال: (**لا يصح الرجوع عنها إلا عند قاض**)؛ سواء كان القاضي الأول أو لا، على ما في «العناية»؛ معللاً: بأن الرجوع: فسخ للشهادة، وفسخ الشهادة مختص بمجلس الحكم، فكذا الرجوع مختص به أيضاً.

واعترض عليه: بأن هذا الدليل لا يتمّ، إلا إذا ثبت أن فسخ الشهادة مختص بما يختص به الشهادة، وهو ممنوع؛ فإن الرجوع إقرار بضمان مال المشهود عليه على نفسه بسبب الإتلاف بالشهادة الكاذبة، والإقرار بذلك لا يختص بمجلس الحكم.

وأجيب: بأن الاستحقاق لا يرتفع ما دامت الحجة باقية، فلا بد من رفعها، والرجوع في غير مجلس الحكم ليس برفع لها؛ لأن الشهادة في غير مجلس الحكم

فَلَوِ ادّعى الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ رجوعَهُما عِنْدَ غَيرِهِ.. لَا يُحلَّفانِ، وَلَا يُقبلُ برهانُه عَلَيْهِ.

ليست بحجة حتى يكون الرجوع رفعاً لها، فيرتفع الاستحقاق بارتفاعها، والإقرار بالضمان مرتب على ارتفاعها أو ثبت في ضمنه، فكان من توابعه؛ فإذا لم يوجد الارتفاع [٢٧٢/أ].. لم يوجد الإقرار أيضاً.

فإن قيل: البينة ليست بحجة في غير مجلس الحكم ابتداء، ويجوز أن لا يكون البقاء مشروطاً بشرط الابتداء؛ لكونه أسهل منه.

أجيب عنه: بأن مجلس الحكم محلها في الابتداء، وما يرجع إلى المحل.. فالابتداء والبقاء فيه سواء؛ كالمحرمية في النكاح، ووجود البيع، ووجود المبيع في البيع؛ فإنه شرط لصحته وصحة الفسخ.

وإذا لم يصح الرجوع عنها في غير مجلس القاضي؛ (**فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما عند غيره**) أي: غير القاضي، وأنكر الرجوع وأراد المشهود عليه إثباته بالبينة، أو تحليفهما على إنكارهما عند عدم البينة (.. **لا يحلفان**) على الإنكار، (**ولا يقبل برهانه عليه**)؛ أي: على الرجوع؛ لأن كلاً من الحلف والبينة يترتبان على دعوى صحيحة، ودعوى الرجوع في غير مجلس الحكم لا تصح.

بخلاف ما لو أقرا عند القاضي أنهما رجعا عند غير القاضي؛ فإنه يصح إقرارهما برجوعهما وإن كان إقراراً برجوع باطل؛ لأن إقرارهما هذا رجوع مبتدأ بطريق الإنشاء منهما عند القاضي؛ كذا في «المحيط» السرخسي.

ثم ذكر فيه أيضاً: أنه إذا ادعى المشهود عليه الرجوع على الشاهد وأراد استحلافه أو إثباته بالبينة.. فهذا على وجهين:

الأول: أن يدعي الرجوع عند غير القاضي، وفي هذا الوجه وهو مسألة الكتاب.. لا يستحلف الشاهد، ولا يسمع بينة المشهود عليه على ذلك؛ لما ذكرناه آنفاً بعينه.

بِخِلَاف مَا لَو ادّعى وُقُوعَهُ عِنْدَ قاضٍ وتضمينَهُ ....

الوجه الثاني: أن يدعي رجوعاً في مجلس قاض آخر، وهذا على وجهين أيضاً:

الأول: أن يدعي رجوعهما عند قاض، ولا يدعي قضاء القاضي عليه بالرجوع، وفي هذا الوجه.. لا يستحلف أيضاً، ولا يسمع بينة المشهود عليه؛ لأن دعواه لم تصح؛ لأنه ادعى رجوعاً غير موجب للضمان؛ لأن الرجوع عن الشهادة لا يصير موجباً للضمان قبل قضاء القاضي به؛ لأن الرجوع فسخ الشهادة، فيعتبر بالشهادة، والشهادة لا توجب الحكم قبل القضاء بها، فكذا الرجوع.. لا يصير موجباً للضمان قبل القضاء به، ويمكن حمل كلام المصنف على هذا الوجه أيضاً، تأمل.

الوجه الثاني: أن يدعي رجوعاً وقضاء القاضي عليه بالرجوع، وفي هذا الوجه: يستحلف الشاهد، وتسمع بينة المشهود عليه على ذلك؛ لأن الدعوى قد صحت؛ لأنه يدعي رجوعاً موجباً للضمان، فيترتب عليه التحليف وسماع البينة، وهذا الوجه سيأتي ذكره في الكتاب أيضاً.

وإذا رجع الشاهد عند غير القاضي الذي شهد عنده بالمال وقضى عليه [٢٧٢/ب] بالضمان لرجوعه، فلم يؤد ذلك المال حتى تخاصما إلى القاضي الذي شهد عنده أول مرة، فقامت عليه البينة بالرجوع وبقضاء القاضي عليه بالضمان.. فهذا القاضي ينفذ عليه ذلك، فيأمره بأداء الضمان.

وكذا لو شهد عليه شاهدان عند القاضي: أنه أقر أنه رجع عند قاض من القضاة وقضى عليه بالضمان.. فهذا القاضي يقضي بهذه الشهادة، ويلزمه الضمان.

وجعل في «البزازية» دعوى الرجوع المطلق مثل دعوى الرجوع عند غير القاضي في عدم التحليف، وعدم قبول البينة.

(**بخلاف ما لو ادعى وقوعه**) أي: الرجوع (**عند قاض**) آخر، قوله: «عند» ظرف لقوله: «ادّعى» لا للوقوع (**وتضمينه**) عطف على قوله: «وقوعه»، معناه: حكم القاضي عليه بالضمان؛ أي: لو ادّعى المشهود عليه عند قاض آخر: وقوع الرجوع

إِيَّاهُمَا.

فَإِن رجعا قبلَ الحكم.. لَا يُحكَمُ.

وَإِن بعدَهُ.. لَا يُنْقضُ، وضمنا مَا أتلفاه بهَا ....

من الشاهد وحكم القاضي الأول عليه بالضمان.

(**إيّاهما**) أي: الشاهدين، فهذه الدعوى صحيحة لصحة سبب القبول، وهي دعوى الرجوع في مجلس الحكم، والحكم بالضمان عليه، فيقبل البرهان عليه، ويستحلف أيضاً.

ولما ذكر شرط صحة الرجوع وما يترتب على وجود ذلك وانتفائه.. شرع في بيان حكم الرجوع فقال مفرعاً على ذلك الشرط أيضاً: (**فإن رجعا**) أي: الشاهدان (**قبل الحكم**) بها أي: بالشهادة (.. **لا يحكم**) لسقوط الشهادة بالرجوع عنها.

وقد ذكرنا من قبل: أن الرجوع قبل القضاء يصح في حق نفسه، حتى يجب عليه التعزير، وفي حق غيره أيضاً حتى لا يقضى بشهادته على المشهود عليه، والمصنف ذكر الثاني دون الأول.

(**وإن**) رجع (**بعده.. لا ينقض**) الحكم؛ لأن آخر كلامهم مثل الأول في الدلالة على الصدق، وقد ترجح الأول بالقضاء، والشيء لا ينقضي بما دونه.

وقد تقدم منا أيضاً: أن الرجوع إن كان بعد القضاء.. ففيه عن أبي حنيفة قولان:

الأول: أن ينظر إلى حال الراجع.

الثاني - وهو قول الإمامين -: أن يصح في حقّ نفسه، ولا يصح في حق غيره على كل حال، حتى لا ينقض القضاء، ولا يرد المشهود به على المشهود عليه، وهذا القول الثاني هو الذي ذكره المصنف.

وإذا صح في حق نفسه.. يلزم الضمان عليه، وإليه أشار بقوله: (**وضمنا**) أي: الشاهدان الراجعان (**ما أتلفاه**) من المال المشهود به (**بها**) أي بالشهادة.

إِذا قبضَ الْمُدَّعِي ما ادّعاهُ؛ ديناً كَانَ أَو عيناً.

و (إذا قبض المدعي ما ادعاه)، حتى لو لم يقبضه.. لا يجب الضمان، بل يتوقف على القبض، فلما قبض.. يضمن الشهود.

وقال الشافعي: لا ضمان على الشهود؛ لأنهما سببا الإتلاف، ولا معتبر بالسبب عند وجود المباشر وهو القاضي [٢٧٣/أ].

قلنا: لما تعذر إضافة الحكم إلى المباشر؛ لإفضائه إلى تعطيل أمور المسلمين، وكذا تعذر استيفاؤه من المدعي لتأكده بالقضاء.. اعتبرنا السبب وأضفنا إليه؛ لأن التسبب على وجه التعدي يوجب الضمان؛ كحفر البئر، ووضع الحجر على الطريق، والسعي إلى الظالم، وقد وجد ذلك من الشاهدين.

بخلاف شهود القصاص؛ حيث لا يجب القصاص على الشهود برجوعهم بعد القصاص؛ لأن القصاص نهاية العقوبة.. فلا يجب إلا بنهاية الجناية، والسبب فيه قصور، حتى لا يعتبر وجوده مع المباشر، إلا إذا تعذر اعتبار المباشر، فكان فيه شبهة، والقصاص يسقط بالشبهة.. دون ضمان المال، فيضمن الدية؛ لأنها مال.

(ديناً كان) المقبوض (أو عيناً)، على ما اختاره شمس الأئمة السرخسي؛ لأن الضمان بالإتلاف، وهو يتحقق بالقبض، ولا فرق في ذلك بين العين والدين.

وقال شيخ الإسلام في «شرحه»: إن كان المشهود به عيناً.. يضمن الشاهد بعد الرجوع؛ قبضها المدعي أو لم يقبضها، وإن كان ديناً.. فليس له ذلك حتى يقبضه؛ لأنه ضمان الإتلاف، وضمان الإتلاف مقيد بالمثل.

وإذا كان المشهود به عيناً.. فالشاهدان بشهادتهما أزالاه عن ملكه إذا اتصل القضاء بها.. فبإزالة العين عن ملكهما بأخذ الضمان: تحصل المماثلة.

وإذا كان ديناً.. فبإزالة العين عن ملكهما بالضمان قبل قبض المدعي الدين: تنتفي المماثلة؛ إذ لا مماثلة بين العين المزال وبين الدين المُلزم في ذمة المشهود عليه.

فَإِن رَجَعَ أَحدُهمَا.. ضَمِنَ نصفاً.

وَالْعِبْرَةُ لمن بَقِيَ، لَا لِمَنْ رَجَعَ؛ فَإِن شهدَ ثَلَاثَةٌ، وَرجعَ وَاحِدٌ.. لَا يضمنُ.

والمختار عند أكثر المشايخ: هو الأول.

وفي «البزازية»: وإنما يضمن الراجع إذا قبض المدعي المال؛ ديناً كان أو عيناً.

والذي عليه الفتوى: الضمان بعد القضاء بالشهادة؛ قبض المدعي المال أو لم يقبض. انتهى.

وهكذا في «الخلاصة».

قيل: إن هذا خلاف الرواية فيما كان المشهود به ديناً؛ إذ لا بد فيه من القبض في تضمين الشاهد.

ولما ذكر حكم رجوع الشاهدين معاً.. شرع في بيان حكم رجوع البعض فقال: (**فإن رجع أحدهما.. ضمن**) أي: الراجع (**نصفاً**).

ثم أراد أن يبين الأصل فيه فقال: (**والعبرة**) أي في باب الرجوع عن الشهادة: (**لمن بقي**) بعد الرجوع، (**لا لمن رجع**) فإذا شهد اثنان ورجع أحدهما.. ضمن النصف؛ لأنه قد بقي بشهادة مَن بقي نصف الحق، فيضمن الراجع النصف الآخر.

فإن قيل: لا نسلم ذلك؛ فإن الباقي فرد لا يصلح لإثبات شيء ابتداء، فكذا بقاء.

وأجيب: بأنّ البقاء أسهل من الابتداء، فيجوز أن يصلح [٢٧٣/ب] في البقاء للإثبات ما لا يصلح في الابتداء لذلك كما في النصاب؛ فإن بعضه لا يصلح في الابتداء لإثبات الوجوب، ويصلح في البقاء بقدره.

(**فإن شهد ثلاثة ورجع واحد.. لا يضمن**) الراجع (**شيئاً**)؛ لأنه بقي بشهادة من بقي كل الحق؛ لأن وجوب الحق في الحقيقة للمدعي بشهادة الشاهدين؛ لأن ما زاد على الشاهدين فضل في حق القضاء؛ لوجود نصاب الشهادة، إلا أن الشهود إذا كانوا

فَإِن رَجَعَ آخرُ.. ضَمِنَا نِصفاً.

وَإِن شهدَ رجلٌ وَامْرَأَتَانِ فَرَجَعت وَاحِدَةٌ.. ضمنت ربعاً، ....

أكثر من الاثنين في هذه الحقوق.. يضاف القضاء ووجوب الحق إلى الكل؛ لضرورة المزاحمة لاستواء حالهم.

فإذا رجع واحد منهم.. زالت المزاحمة لزوال الاستواء، فظهر أن القضاء كان مضافاً إلى شهادة المثنى، وهي حجة كاملة، وقد ثبت أن استحقاق المتلف يسقط الضمان فيما إذا أتلف إنسان مال زيد فقضى القاضي له على المتلف بالضمان، ثم استحق المتلف عمرو، وأخذ الضمان من المتلف.. يسقط الضمان الثابت لزيد بقضاء القاضي على المتلف فلا يمنع استحقاق المدعي بالحجة الكاملة الضمان عن ذلك الراجع بطريق الأولى؛ لأن الدفع أسهل من الرفع.

(**فإن رجع آخر**) من الباقية الثلاثة (.. **ضمنا**) أي: الراجعان (**نصفاً**)، **وقيل**: لا يجب الضمان على الراجع الأول أصلاً؛ لأن المعتبر بقاء من بقي، وبعد رجوع الأول.. كان نصاب الشهادة باقياً؛ فإذا رجع الثاني.. فهو الذي أتلف نصف الحق، فيقتصر الضمان عليه..

وأجيب عنه: بأن الضمان على الأول ثابت بطريق التبين أو الانقلاب، وذلك لأن الاستحقاق كان شهادتهم جميعاً على ما ذكرناه آنفاً، ثم إذا رجع الأول.. ظهر كذبه واحتمل كذب غيره؛ فإذا رجع الثاني.. تبين أن الإتلاف من الابتداء كان بشهادتهما، أو لأن القضاء كان بالشهادة، وهي موجودة منهما في حالة واحدة؛ فعند رجوع الأول.. وجد الإتلاف، ولكن المانع - وهو بقاء النصاب من الشهادة - منع عن إيجاب الضمان عليه؛ فإذا رجع الثاني.. ارتفع المانع، فظهر المقتضي ووجب الضمان بالمقتضي.

(**وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت واحدة.. ضمنت ربعاً**) لبقاء ثلاثة الأرباع ببقاء من بقي.

وَإِن رجعتا.. ضمنتا نصفاً.

وإِنْ شهدَ رجلٌ وَعشرُ نسْوَةٍ فَرجعَ ثَمَانٍ.. لَا يضمنُ شَيْئاً.

فَإِن رجعَتْ أُخْرَى.. ضَمِنَ التِّسْعُ ربعاً.

وَإِن رَجَعَ الْعشْرُ.. ضمن نصفاً.

وَإِن رَجَعَ الْكلُّ.. فعلى الرجلِ سُدُسٌ، وعليهن خَمْسَةُ أَسْدَاس.

وَعِنْدَهُمَا: عَلَيْهِ نصفٌ وعليهنَّ نصفٌ.

وَإِن شهدَ رجلَانِ وَامْرَأَةٌ ورَجَعُوا.. فالغُرمُ على الرَّجلَيْنِ خَاصَّةً.

(**وإن رجعتا**) أي: الامرأتان (.. **ضمنتا نصفاً**)؛ لأن النصف باق ببقاء شهادة الرجل.

(**وإن شهد رجل وعشرة نسوة فرجع ثمان.. لا يضمن شيئاً**)؛ لما ذكرناه من أنه بقي بشهادة مَن بقي كل الحق.

(**فإن رجعت أخرى.. ضمن التسع**) الرواجع (**ربعاً**)؛ لما ذكرناه من أن ثلاثة أرباع الحق باق ببقاء من بقي [٢٧٤/أ].

(**وإن رجع العشر.. ضمَّن نصفاً**)؛ لما ذكرناه.

(**وإن رجع الكلّ.. فعلى الرجل سدس، وعليهن خمسة أسداس.**

وعندهما: عليه نصف، وعليهن نصف).

لأبي حنيفة: أن كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد بالنص، فصار كأنه شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا، فضمن كلّ سدساً.

ولهما: أن النساء وإن كثرن.. يقمن مقام رجل واحد، فصار كأنه شهد بذلك رجلان.

(**وإن شهد رجلان وامرأة ورجعوا.. فالغرم**) أي: الضمان (**على الرجلين خاصّة**)؛ لأن المرأة الواحدة شطر العلة، ولا يثبت به شيء من الحكم، فكان القضاء

وَلَا يضمنُ رَاجعٌ شهدَ بِنِكَاحٍ بِمهْرٍ مُسَمّى عَلَيْهَا أَو عَلَيْهِ، إِلّا مَا زَادَ على مَهْرِ الْمثل.

مضافاً إلى شهادة رجلين خاصة.

ولما ذكر حكم الرجوع عن الشهادة في العين والدين.. أراد أن يذكر حكم الرجوع عنها في النكاح فقال: (**ولا يضمن راجع شهد بنكاح بمهر مسمى عليها أو عليه، إلا ما زاد على مهر المثل**).

بيانه على ما في «المحيط» السرخسي: أنه إذا ادعى رجل على امرأة النكاح، والمرأة جاحدة، وأقام الرجل على ذلك بينة، فقضى القاضي عليها بالنكاح بالبينة، ثم رجعا عن شهادتهما.. فإنهما لا يضمنان للمرأة شيئاً في القياس؛ سواء كان المسمى مثل مهر المثل أو أكثر أو أقل.

وكان ينبغي أن يضمنا لها ما زاد على المسمى من مهر مثلها؛ لأنهما أتلفا الزيادة على المسمى من منافع بضعها بغير عوض من حيث الحكم، وإتلاف منافع البضع حقيقة بغير عوض.. يوجب الضمان؛ كما قالوا في المجنون إذا أكره امرأة وزنى بها.. فإنه يجب عليه العقر، فكذا الإتلاف من حيث الحكم يوجب الضمان.

وجواب القياس: أنه لا يضمن منافع البضع في الإتلاف الحقيقي؛ لأن ما ليس بمال لا يضمن بالمال؛ لعدم المماثلة بينهما، وإنما وجب المال في مقابلة البضع عند الدخول في العقد شرعاً؛ تعظيماً لأمر البضع نصاً، والنص الوارد في الإتلاف الحقيقي على خلاف القياس.. لا يكون وارداً في الإتلاف الحكمي، كما فيما نحن فيه؛ لأنه دون الإتلاف الحقيقي.

وإذا ادعت امرأة على رجل نكاحها، وأنكره رجل، وأقامت المرأة على ذلك بينة، وقضى القاضي بالنكاح بينهما بالبينة، ثم رجعا عن شهادتهما.. فإنه ينظر إلى مهر مثلها وإلى المسمى؛ فإن كان مثل المسمى الذي شهد به الشهود أو أكثر منه.. فلا يضمنان للزوج شيئاً؛ لأنهما أوجبا المهر بعوض يعدله، والإيجاب بعوض يعدله لا يوجب على الشاهد شيئاً؛ لأن الإتلاف حينئذ كلا إتلاف.

أما إذا كان مهر مثلها أقل من المسمى؛ مثلاً: مهر مثلها ألف والمسمى ألفان.. فإنهما يضمنان ألفاً للزوج؛ لأنهما أتلفا [٢٧٤/ب] على الزوج قدر ألف درهم من غير عوض، فعلى هذا: قوله: «إلّا ما زاد على مهر المثل» لا يستقيم إلا في صورة كون المدعي للنكاح امرأة، لا في صورة كون المدعي لذلك رجلاً، بل الاستثناء على هذه الصورة عكس هذا؛ بأن يقول: إلا ما زاد على المسمى.

قيل: كيف يصلح منافع البضع عوضاً عن المهر، والمهر مال، ومنافع البضع ليس بمال؟

أجيب: بأن منافع البضع حالة الدخول في الملك.. أعطى لها حكم المال شرعاً نصّاً، ألا ترى أن الشرع جوّز للأب أن يزوج ابنه الصغير امرأة بمهر مثلها من مال الصغير، والوالد لا يملك إزالة ملك الصغير إلا بعوض يعدله، ولهذا إنه لو خالع ابنته الصغيرة بمالها.. لم يجز، وإن كان المسمى مثل مهر مثلها.

فلما جوّز الشرع للأب النكاح لابنه الصغير دون الخلع لابنته الصغيرة.. ظهر أن منافع البضع اعتبرت مالاً عند الدخول في الملك.

هذا في الشهادة على النكاح بالمهر المسمى، وأما إذا ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها بمائة درهم، وقالت المرأة: لا، بل تزوجتني بألف درهم، ومهر مثلها ألف، فشهد شاهدان أنه تزوجها على مائة، فقضى القاضي بها، ثم رجعا عن شهادتهما.. فهذا على وجهين:

إما أن رجعا قبل الطلاق بها، أو بعد الطلاق.

فإن رجعا قبل الطلاق حال قيام النكاح.. فهما يضمنان للمرأة تسعمائة في قول أبي حنيفة ومحمد، ولا يضمنان في قول أبي يوسف.

وإن رجعا بعد الطلاق.. فهذا على وجهين أيضاً: إما أن رجعا قبل الدخول بها، أو بعد الدخول بها.

فإن كان بعد الدخول بها.. فالجواب فيه كالجواب في الرجوع حال قيام النكاح.

وإن كان قبل الدخول بها.. فإنهما لا يضمنان للمرأة شيئاً عندهم جميعاً؛ لأن الواجب لها بالنكاح متى ورد النكاح قبل الدخول بها في مثل هذه الصورة: المتعة؛ لأن التسمية لم تثبت؛ لاختلافهما، فيجب تحكيم المتعة عندهما.

والظاهر: أن متعتها لا تزيد على خمسين درهماً، وقد قضينا لها بخمسين.

حتى لو زاد.. يضمنان لها الزيادة على خمسين عندهما، وعند أبي يوسف: القول قول الزوج في الأحوال كلها، فيكون لها خمسون درهماً متى طلقها قبل الدخول بها لا غير.

ولو شهدا على امرأة أن فلاناً تزوجها على ألف درهم وقبضت ذلك، وهي تنكر، ومهر مثلها: خمسمائة، فقضى القاضي بذلك بالبينة، ثم رجعا عن شهادتهما.. ضمنا مهر المثل دون المسمى.

ولو وقعت الشهادة بالعقد بألف أولاً، فقضى القاضي به، ثم شهدا بقبض الألف وقضى القاضي به، ثم رجعا عن الشهادتين [٢٧٥/أ].. ضمنا للمرأة المسمى؛ لأن منافع البضع حال دخولها في الملك اعتبرت مالاً متقومة، فيضمنان قيمة البضع في أحد الفصلين والمسمى في الآخر.

والفرق بين الفصلين: أن الضمان إنما يجب على الشهود بسبب الإتلاف، والشاهد إنما يصير متلفاً ما دخل تحت قضاء القاضي، والداخل تحت القضاء في الفصل الأول: النكاح لا المهر؛ لأن الشهود إنما شهدوا بالنكاح بمهر مقبوض، وفي مثله: القاضي لا يقضي بالمهر؛ لأنه يقترن بالمهر ما يمنع القضاء به، وهو القبض، فصار الشاهد بشهادته متلفاً على المرأة منافع بضعها، لا المهر.. فيضمنان قيمة منافع بضعها، وهي مهر المثل.

وَلَا من شهدَ بِطَلَاقٍ بعد الدُّخُولِ.

وَيضمنُ فِي الطَّلَاقِ قبلَ الدُّخُولِ نصفَ الْمهْر.

وأما في الفصل الثاني: فالقاضي قضى بالمهر؛ فإذا رجعا عن شهادتهما.. صارا متلفين للمهر، فيضمنان به، كذا في «المحيط».

ولما ذكر حكم الرجوع عن الشهادة في النكاح.. شرع في ذكر الرجوع عنها في الطلاق فقال: (**ولا من شهد بطلاق بعد الدخول**) بها.

(**ويضمن في الطلاق قبل الدخول نصف المهر**)؛ يعني: لو شهدا على رجل أنه طلق امرأته ثلاثاً بعد الدخول بها، وفرّق القاضي بينهما بشهادتهما، وحكم على الزوج بالمهر المسمى، ثم رجعا عن شهادتهما.. فلا ضمان عليهما؛ لأن المهر إنما تأكد بدخوله بها لا بشهادتهما، فلم يوجبا بشهادتهما على الزوج شيئاً حتى يضمنان به بالرجوع عنها.

بخلاف ما لو شهدا على رجل بالطلاق قبل الدخول؛ لأنهما بشهادتهما حينئذ أكدا وأبقيا على الزوج ما كان على شرف السقوط بارتداد المرأة أو بمطاوعتها ابن الزوج قبل الدخول بها، وعلى المؤكد ما على الموجب؛ لشبهه به.

كما أن المحرم إذا أخذ صيداً فذبحه شخص في يده.. فإنه يجب الجزاء على المحرم، ويرجع على الذابح؛ لأنه أكد ما على شرف السقوط بالتخلية.

واعلم: أن ما ذكره المصنف من ضمان نصف المهر: فيما إذا كان في النكاح تسمية.

وأما إذا لم يكن فيه تسمية فشهد شاهدان بالطلاق قبل الدخول، ثم رجعا.. فإنهما يضمنان المتعة للزوج.

قال القاضي: ما لزم على الزوج في هذه الصورة بشهادتهما: إلا المتعة، فيضمنان لها برجوعهما.

ولو شهدا على امرأة لم يدخل بها زوجها أنها اختلعت عن زوجها على أن

أبرأته عن المهر، والمرأة تجحد، والزوج يدّعي، وقضى القاضي بشهادتهما، ثم رجعا عن شهادتهما.. فإنهما يضمنان للمرأة نصف المهر؛ لأنه لولا شهادتهما.. لكان يقضى لها بنصف المهر؛ لوقوع الفرقة قبل الدخول بإقرار الزوج، فهما بشهادتهما أتلفا ذلك النصف عليها، وقد أتلفاه بغير عوض [٢٧٥/ب]؛ لأن ما أدخلا في ملكها من منافع البضع لا يصلح عوضاً عما أتلفا عليها من المال.

ولو كان الزوج قد دخل بها وباقي المسألة بحالها.. ضمنا للمرأة جميع المهر؛ لأنه لولا شهادتهما.. لكان يقضى لها بجميع المهر؛ لوقوع الفرقة بإقرار الزوج بعد الدخول بها، فهما بشهادتهما أبطلا على المرأة ذلك، وقد أبطلاه بغير عوض، فيضمنان. كذا في «المحيط».

ثم ذكر فيه أيضاً وقال: إذا شهد شاهدان على طلاق امرأة، وشهد آخران على دخوله بها، وقضى القاضي بالطلاق والمهر، ثم رجعوا جميعاً عن شهادتهم.. فإن على شاهدي الدخول ثلاثة أرباع المهر، وعلى شاهدي الطلاق ربع المهر؛ لأن شاهدي الطلاق شهدا بنصف المهر، وقد شهد بهذا النصف شاهدا الدخول أيضاً؛ لأنهما شهدا بجميع المهر، فكانا شاهدين بهذا النصف؛ فعند الرجوع.. ضمان هذا النصف عليهما، على كلّ فريق نصفه، وهو ربع الكل؛ لأن نصف النصف: ربع، وقد تفرد شاهد الدخول بالشهادة بنصف المهر، فكان ضمان ذلك النصف عليهما خاصة، فكان على شاهدي الدخول ثلاثة أرباع المهر.

ولو رجع أحد شاهدي الدخول وحده.. فعليه ضمان ربع المهر.

ولو رجع شهود الدخول كلهم.. فعليهم ضمان النصف الذي تفردوا بالشهادة.

ولو لم يرجع شهود الدخول، بل رجع شهود الطلاق.. فلا شيء عليهم؛ لأنه بقي على الشهادة من يقوم بشهادته جميع ما شهد به شهود الطلاق.

ولو شهد على الطلاق رجل وامرأتان، وعلى الدخول رجل وامرأتان أيضاً، ثم رجع من شهود الطلاق امرأة، ومن شهود الدخول امرأة أيضاً.. فلا ضمان على

الراجعة من شهود الطلاق، ويكون على الراجعة من شهود الدخول ثمن المهر، وهو ربع النصف الذي تفرد به شهود الدخول.

وإذا اتفق الزوجان في أصل النكاح واختلفا في التسمية، فقال الزوج: تزوجتها بغير شيء، وقالت المرأة: تزوجتني بألف درهم، وجاءت المرأة بشاهدين شهدا أنه تزوجها بألف درهم، وقضى القاضي بشهادتهما، ثم طلقها الزوج عند القاضي، ثم رجعا عن شهادتهما.. يضمنان للزوج فضل ما بين المتعة إلى تمام الخمسمائة التي غرمها الزوج؛ لأنه لولا شهادتهما بالتسمية.. لكان يتخلص الزوج بالمتعة، وهذه زيادة حصلت بغير عوض؛ لأن ثبوت النكاح غير مضاف إلى شهادتهما ليجعل ما حصل للزوج من ملك منافع البضع عوضاً عما أوجبا عليه؛ لأن النكاح كان ثابتاً قبل شهادتهما بتصادق الزوجين.

بخلاف ما إذا كان [٢٧٦/أ] الزوج جاحداً؛ لأن هناك ثبوت منافع بضعها للزوج حصل مضافاً إلى شهادتهما؛ لأن ملك النكاح لم يكن ثابتاً قبل شهادتهما، فكان ذلك إيجاباً بعوض.

ولو شهد آخران على الدخول قبل الطلاق، ثم طلقها الزوج عند القاضي وألزم القاضي الزوج ألف درهم، ثم رجعوا.. فعلى شاهدي الدخول خمسمائة خاصة، لا يشاركهما فيها شاهدا التسمية؛ لأنه لولا شهادتهما.. لكان يبرأ الزوج عن خمسمائة مما أوجب عليه شاهدا التسمية بالطلاق قبل الدخول، فلما بقي تلك الخمسمائة بشهادة شاهدي الدخول.. كان ضمان ذلك عليهما خاصة، وعلى شاهدي الدخول وشاهدي التسمية: فضل ما بين المتعة إلى تمام الخمسمائة الأخرى نصفان؛ لأن لزوم ذلك القدر للزوج بشهادة الفريقين لولا شهادتهم، لتخليص الزوج بالمتعة.

هذا الذي ذكرناه فيما إذا طلق الزوج عند القاضي؛ فإن لم يطلقها بين يدي القاضي فشهد شاهدان آخران على الطلاق قبل الدخول، والزوج جاحد الطلاق، ثم

وَفِي البيع: مَا نقصَ عَن قيمَةِ الْمَبِيعِ.

رجعوا عن شهادتهم.. فعلى شاهدي الدخول وشاهدي التسمية فضل ما بين المتعة إلى تمام الخمسمائة نصفان؛ لما تقدم.

وقدر المتعة على شاهدي التسمية، وعلى شاهدي الدخول وعلى شاهدي الطلاق قبل الدخول؛ لأن ذلك القدر تلف بشهادتهم جملة.

ثم شرع في بيان حكم الرجوع عن الشهادة في البيع فقال: (**وفي البيع ما نقص عن قيمة المبيع**)؛ يعني: ادعى المشتري أن البائع باع عبده منه بألف، وأنكره البائع، فشهدا على البيع بألف، ثم رجعا؛ فإن كان الألف قيمته أو أكثر.. لم يضمنا شيئاً؛ لأن الإتلاف بعوض كلا إتلاف، وإن كان قيمته ألفين.. ضمنا للبائع ألفاً؛ لأنهما أتلفا هذا الجزء الذي هو في مقابلة الألف من قيمته بلا عوض.

وفي «المحيط»: هذا إذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن.

وأما إذا شهدا بالبيع وبنقد الثمن، ثم رجعا عن شهادتهما.. فهذا على وجهين:

الأول: أن يشهدا على البيع وإيفاء الثمن شهادة واحدة؛ بأن شهدا أنه باع هذه الدار بألف درهم، وأوفاه الثمن، وفي هذا الوجه: القاضي يقضي عليهما بقيمة المبيع للبائع، ولا يقضي بالثمن.

الثاني: أن يشهدا على البيع وإيفاء الثمن بشهادتين مختلفتين؛ بأن شهدا على البيع أولاً، ثم شهدا أن المشتري أوفاه الثمن، وفي هذا الوجه: القاضي يقضي عليهما بالثمن للبائع.

والفرق بينهما: أنهما إذا شهدا بالبيع وإيفاء الثمن [٢٧٦/ب] بشهادة واحدة.. فالمقضي به: المبيع دون الثمن؛ لأنه لا يمكن للقاضي القضاء بإيجاب الثمن؛ لأنه يقارن القضاء بالثمن ما يوجب سقوطه، وهو القضاء بالإيفاء؛ فإذا كان المقضي به في هذه الصورة المبيع دون الثمن والشاهد عند الرجوع يضمن المقضي به.. فيضمن

وَفِي الْعِتْقِ: الْقِيمَةَ.

قيمة المبيع؛ لأن إزالة المبيع عن ملك البائع حصلت بغير عوض؛ لرجوعهما عن شهادتهما.

وأما إذا شهدا بالبيع وإيفاء الثمن بشهادتين مختلفتين.. فالثمن مقضي به؛ لأن القضاء بالثمن ممكن؛ لأنه لم يقارن القضاء بالثمن ما يوجب سقوطه؛ لأن حال ما شهدا بالبيع.. لم يشهدا بالإيفاء، وإنما شهدا بالإيفاء بعد ذلك، وإذا صار الثمن مقضياً به؛ فإذا رجعا عن شهادتهما.. ضمنا الثمن دون قيمة المبيع وإن صار المبيع مقضياً به في هذه الحالة مع الثمن؛ لأن إزالة المبيع حصلت بعوض، فلا يضمنان قيمته.

هذا، ثم لا فرق بين أن يكون البيع باتاً أو فيه خيار البائع، وذلك بأن شهدا بأقل من القيمة، فقضى القاضي بذلك، ومضت المدة وتقرر البيع، ثم رجعا.. يضمنان ما نقص من القيمة؛ لإتلافهما بذلك الناقص بغير عوض؛ لأن البيع بالخيار وإن كان غير مزيل للملك والبائع كان متمكناً من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة؛ فحيث لم يفعل.. كان راضياً به، والرضاء يسقط الضمان، لكن الحكم يضاف إلى السبب السابق.. وهو البيع المشهود به، ولهذا استحق المشتري بزوائده؛ فإذا كان الحكم مضافاً إلى السبب السابق.. يضمنان فضل ما بين الثمن والقيمة فيما إذا كان الثمن ناقصاً عن القيمة إن كان لم يرد البيع بحكم الخيار ولم يجزه في المدة اختياراً بفعل أو قول، وإلا.. فلا ضمان عليهما بالرجوع:

أما في الرد.. فلعدم الإتلاف بشيء منها.

وأما في الإجازة.. فلرضاء البائع بالبيع بذلك الثمن، كذا في «العناية» و«البحر».

(و) يضمن الراجع (**في العتق القيمة**).

قال محمد: شهود العتق يضمنون عند الرجوع قيمة العبد المشهود به؛ موسرين كانا أو معسرين؛ لأن هذا ضمان إتلاف الملك، فلا يختلف باليسار والعسار، والولاء

وَفِي الْقصاصِ: الدِّيَةَ فَقَط.

للمعتق لأن العتق لا يتحول إليهما بالضمان، فكذا الولاء لا يتحول إليهما، بل يكون للمولى؛ لأنه تابع للعتق.

فإن قيل: ينبغي أن لا يكون الولاء للمولى؛ لأنه منكر للعتق.

أجيب: بأنه مكذب في إنكاره شرعاً بقضاء القاضي بالحجة.

فإن قيل: فلما ثبت الولاء.. ثبت العوض [٢٧٧/أ] للمولى، فانتفى الضمان عن الشهود؛ لحصول الإتلاف بالعوض.

أجيب: بأن الولاء لا يصلح عوضاً؛ لكونه ليس بمال متقوم، فلا يماثل ما أتلفاه من ملك الرقبة على المولى؛ كذا في «المحيط».

(و) يضمن الراجع (**في القصاص الدية فقط**)؛ أي: لا القصاص يعني: لا يقتصان بالرجوع عن الشهادة.

وقال الشافعي: أنهما يقتصان؛ لوجود القتل منهما تسبيباً، فأشبه المكره، بل أولى منه؛ لأن المكره يمنع عن القتل، ولا يعان عليه، وولي القصاص يعان على استيفائه، فكان هذا أكثر إمضاء، ومع هذا.. اقتص من المكره؛ للتسبيب؛ فمن الشاهد: أولى.

ولنا: أن القتل لم يوجد منهما لا مباشرة، ولا تسبيباً؛ لأن السبب ما يقضي إلى المسبب غالباً، ولا إفضاء ههنا؛ لأن العفو مندوب، بخلاف المكره؛ لأن الإكراه يفضي إلى القتل غالباً؛ لأن المكره يختار حياة نفسه ظاهراً، ولأن الحدود مما يندرئ بالشبهات، فلا يستوفى بشبهة التسبيب مع صدوره من الولي اختياراً.

فإن قيل: لو كان هذا شبهة يسقط بها الحدود.. لاندفع الدية أيضاً.

أجيب: بأن الدية مال.. فلا تسقط بالشبهة، بل تثبت بها.

ثم إن رجع أحدهما.. يضمن نصف الدية، وإن رجع الولي معهما، أو جاء المشهود بقتله حياً.. فلولي المقتول الخيار بين تضمين الشاهدين، وبين تضمين

وَيضمنُ الْفَرْعُ إِنْ رَجَعَ، لَا الأَصْلُ إِنْ قَالَ: مَا أشهدته على شهادتي.

وَلَو قَالَ: أشهدته وغلطتُ.. ضَمن عِنْدَ محمَّدٍ، لَا عِنْدهمَا.

وَإِن رَجَعَ الأَصْلُ وَالْفرعُ.. ضَمِنَ الْفَرْعُ فَقَط.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: يُضَمِّنُ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ أَيَّ الْفَرِيقَيْنِ شَاءَ.

القاتل؛ فإن ضمن الولي.. لم يرجع على الشاهدين بشيء؛ لأنه ضمن بما فعله بمباشرته.

وإن ضمن الشاهدان.. لم يرجعا على الولي في قول أبي حنيفة، خلافاً لهما، قالا: إن الشاهدين كانا عاملين للولي، فيرجعان عليه، كذا في «العناية».

(**ويضمن الفرع إن رجع الأصل**)، وهذا بالإجماع.

(**إن قال**) الأصل: (**ما أشهدته على شهادتي**)؛ لأن الأصل أنكر سبب الإتلاف، وهو الإشهاد على شهادتهما.

(**ولو قال**) الأصل: (**أشهدته وغلطت**)، أو قال: رجعت عن ذلك (.. **ضمن**) الأصل (**عند محمد، لا عندهما**)؛ لأن القضاء وقع بشهادة الفروع لا بشهادة الأصول.

ولمحمد: أن الفرعين قاما مقام الأصلين في نقل شهادتهما إلى مجلس القضاء، فحصل القضاء بشهادتهما، فصار كأنهما حضرا بأنفسهما وشهدا، ثم رجعا.

(**وإن رجع الأصل والفرع**) جميعاً (.. **ضمن الفرع فقط**) عندهما؛ لأن القضاء وقع بشهادتهما لا بشهادة الأصول.

(**وعند محمد: يُضمِّن المشهود عليه أيَّ الفريقين شاء**) من الأصول والفروع؛ عملاً بالدليلين من شهادة الأصول: على الوجه الذي ذكره محمد، ومن شهادة [٢٧٧/ب] الفروع على الوجه الذي ذكراه.

وإن رجع الفرع فقط.. ضمنوا بالاتفاق، كذا في «المحيط».

وفيه أيضاً: لو شهد شاهدان على شهادة أربعة، وشهد آخران على شهادة

شاهدين لحقّ على رجل، وقضى القاضي بشهادتهم، ثم رجعوا.. فعلى قول أبي حنيفة ومحمد: الضمان على الفريقين أثلاثاً؛ ثلثاه على الذين شهدوا على شهادة الأربعة، وثلثه على الذين شهدوا على شهادة الاثنين.

وقال أبو يوسف: الضمان على الفريقين نصفان.

وأجمعوا على أنه: إذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين، وشهد أربعة على شهادة شاهدين وباقي المسألة بحالها.. أن الضمان على الفريقين نصفان.

وإذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين على رجل بألف درهم، وشهد آخران على شهادة شاهد واحد بتلك الألف بعينها، وقضى القاضي بالألف بالشهادتين جميعاً، ثم رجع واحد من الفريق الأول وواحد من الفريق الثاني.. كان عليهما ثلاثة أثمان المال؛ الثمنان على أحد الأولين، والثمن على أحد الآخرين.

ولو لم يرجع إلا أحد الأولين.. كان عليه ربع الحق.

ولو رجع الآخران مع أحد الأولين.. ضمنوا نصف المال؛ لأنه بقي من يقوم بشهادته نصف الحق، فيكون المتلف نصف الحق.

ثم ضمان هذا النصف يكون نصفه على الراجع من الأولين، ونصفه على الآخرين.

ولو شهد شاهدان على شهادة شاهدين على رجل بألف، وشهد شاهدان آخران على شهادة شاهدين آخرين بتلك الألف بعينها، وقضى القاضي به، ثم رجع واحد من هذين، وواحد من هذين.. فعليهما ثمنان ونصف، على رواية «الجامع الصغير».

وعلى رواية «الأصل»: أن عليهما نصف المال.

وعن أبي يوسف: أن عليهما ربع المال، وهو اختيار الكرخي.

وقال في «المحيط» السرخسي: وهو القياس. وبيان وجوه هذه المسائل في «المحيط».

وَقَوِلُ الْفَرْعِ: كذب أَصْلِي، أَو غلطَ.. لَيْسَ بشيءٍ، وَإِن رَجَعَ الْمُزَكِّي عَنِ التَّزْكِيَةِ.. ضمنَ، خلافاً لَهما.

وَلَا يضمنُ شَاهدُ الْإِحْصَانِ بِرُجُوعِهِ.

وَلَو رَجَعَ شَاهدُ الْيَمينِ وَشَاهدُ الشَّرْطِ.. ضمنَ شَاهدُ الْيَمينِ ....

(**وقول الفرع: كذب أصلي، أو غلط.. ليس بشيء**) أي: لا يبطل به القضاء؛ لأنه خبر محتمل الصدق والكذب، والأول تأكد باتصال القضاء به، ولا ضمان عليه؛ لأنه ما رجع بهذا القول عن شهادته.

(**وإن رجع المزكي عن التزكية.. ضمن**).

إذا شهدوا بالزنا وزكوا فرجم، ثم ظهر أن الشهود عبيد أو كفار؛ فإن ثبتوا على التزكية.. **فلا ضمان عليهم**؛ لأنهم اعتمدوا على ما سمعوا من إسلامهم وحريتهم، ولم يتبين كذبهم بما أخبروا من قول الناس.

ولا على الشهود؛ لعدم تبين كذبهم في شهادتهم، والدية في بيت المال.

وإن رجعوا [٢٧٨/أ] عن تزكيتهم وقالوا: تعمدنا.. ضمنوا عند أبي حنيفة؛ لأن التزكية إعمال للشهادة؛ إذ القاضي لا يعمل بالشهادة إلا بالتزكية، فيكون بمنزلة علة العلة من حيث التأثير، وعلة العلة: [كالعلة] في إضافة الحكم إليها.

(**خلافاً لهما**)؛ لأن المزكين ما أثبتوا سبب الإتلاف؛ لأنه الزنا وما تعرضوا له، وإنما أثنوا على الشهود خيراً، ولا ضمان على المثني على الشهود؛ كشهود الإحصان.

(**ولا يضمن شاهد الإحصان برجوعه**).

إذا شهدوا على الزنا وشهدوا على إحصان الزاني فرجم، ثم رجع شهود الإحصان.. لم يضمنوا شيئاً؛ لأن الإحصان شرط محض لا يضاف الحكم إليه، بخلاف التزكية؛ فإنها علة العلة على ما تقدم.

(**ولو رجع شاهد اليمين وشاهد الشرط.. ضمن شاهد اليمين**).

خَاصَّةً.

وَلَو رَجَعَ شَاهِدُ الشَّرْطِ وَحدَه.. اخْتلفَ المشَايخ.

شهدا على زيد أنه علّق عتق عبده أو طلاق امرأته بشرط؛ كدخول الدار مثلاً، وشهد آخران على حصول الشرط، فحكم القاضي بالعتق والطلاق، ثم رجع الكل.. ضمن شاهد اليمين (**خاصة**)؛ خلافاً لزفر، قال: الضمان عليهم جميعاً؛ لتساويهم في الإتلاف.

قلنا: إن شاهد اليمين صاحب العلة، والآخران صاحب الشرط، والأصل في الحكم: أن يضاف إلى العلة ما لم يمنع منه مانع كحافر البئر مع [الملقي]؛ فإن الضمان عليه دون الحافر.

(**ولو رجع شاهد الشرط وحده.. اختلف المشايخ**)، مال الإمام السرخسي: إلى عدم وجوب الضمان على شهود الشرط، ونص في «الزيادات»: على عدم وجوب الضمان عليه، وهو المختار على ما في «البحر».

واعلم: أنّ المصنف ذكر من أبواب الرجوع عن الشهادة: أبوابَ الرجوع عنها في: العين، والدين، والنكاح، والطلاق، والبيع، والعتق، والقصاص، والشهادة على الشهادة، والتزكية، واليمين، والشرط.

وترك كثيراً؛ كالكتابة، والتدبير، والولاء، والنسب، والولادة، والحدود، والجنايات، والهبة، والصدقة، والرهن، والوديعة، والبضاعة، والمضاربة، والإجارة.

- **أما الكتابة والتدبير**: ففي «المحيط» السرخسي: شهود التدبير يضمنون عند الرجوع ما نقصه التدبير؛ لأنهم فوتوا بعض المنافع من حيث التجارة دون البعض؛ فإنه بقي منتفعاً به من حيث الإجارة، فلم يكن الفائت جنس منفعة على الكمال، فكان نقصاناً، فيضمنان ذلك.

فإن مات المولى والعبد يخرج من الثلث.. عتق العبد كله مجاناً؛ لأن رجوع الشاهد لا يعمل في حق العبد، ويجعل في حق العبد كأنه لم يرجع.

ولو لم يرجع حتى مات المولى وباقي المسألة بحالها.. كان الجواب كما قلنا، كذا ههنا، وضمن الشهود للورثة قيمته مدبراً [٢٧٨/ب]؛ لأنهما أزالا الباقي عن ملك الورثة بغير عوض عند موت المولى، وقد ضمنا النقصان مرة للمولى.. فبعد موته يضمنان قيمته مدبراً للورثة.

وإن لم يخرج العبد عن الثلث، بل كل المال هو العبد.. عتق ثلثه مجاناً، ويسعى في ثلثي قيمته مدبراً؛ لأنهما أتلفاه بغير عوض ثلث قيمته عن ملك الورثة، فيضمنان له، ولا يرجعان بذلك على العبد.

وهل يضمنان قيمة الثلثين الذين سعى العبد بهما للورثة؟

ينظر؛ إن عجل السعاية.. يضمنان، وإن لم يعجل.. لم يضمنا..

وشهود الكتابة عند الرجوع يضمنون قيمة العبد، بخلاف شهود اليسر؛ فإنهم يضمنون النقصان دون قيمة العبد كما عرفت.

والفرق: أن سبب وجوب ضمان القيمة؛ إما إزالة اليد، أو إزالة ملك الرقبة، ولم يوجد شيء من ذلك في فصل التدبير، إنما وجد سبب ضمان نقصان دون القيمة.

أما في فصل الكتابة: سبب وجوب ضمان القيمة قد وجد، وهو إزالة يد المولى عنه من غير عوض يحصل له، فيضمنان؛ فإذا ضمنا قيمة العبد للمولى.. رجعا على المكاتب ببدل الكتابة على نجومه.

ولا يعتق المكاتب ما لم يؤد بدل الكتابة إلى الشاهدين، والولاء يكون للمولى لا للشاهدين.

وإن عجز المكاتب وردّ في الرق.. كان لمولاه؛ لأن الرقبة كانت على ملك المولى؛ فإذا انفسخت الكتابة بالعجز.. بقي على ملك المولى كما كان، ويرد المولى

على الشاهدين ما أخذ منهما؛ لأن الموجب للضمان - وهو إزالة يد المولى - قد انعدم، فيزول الضمان. الكل في «المحيط» السرخسي.

وقال في «الزيلعي» في مسألة التدبير: إن العبد المدبر إذا كان معسراً.. فالشاهدان يضمنان للورثة جميع قيمته مدبراً، ويرجعان به على العبد إذا أيسر.

وقال في «البحر»: هذا سهو؛ لأنهما إنما يرجعان عليه بثلثي قيمته مدبراً، لا بجميع قيمته.

قال: وهو مصرح في المبسوط.

وقال في «فتح القدير» في مسألة الكتابة: إن الولاء للشاهد لا للمولى، وهذا سهو منه؛ لما ذكرناه من «المحيط» أن الولاء للمولى لا للشاهد.

وقال في «المحيط» أيضاً: إذا شهد شاهدان على رجل أنه كاتب عبده على ألف إلى سنة، وقيمة العبد خمسمائة، وقضى القاضي بالكتابة، ثم رجعوا عن شهادتهم.. فإن القاضي يخير المولى بين تضمين الشاهدين وبين اتباع العبد بالكتابة إلى أجله؛ فإن اختار المولى تضمين الشاهدين.. لا يكون له اتباع المكاتب ببدل الكتابة أبداً، وإن اختار اتباع المكاتب.. لا يكون له تضمين [٢٧٩/أ] الشاهدين أبداً.

إلا أن يكون بدل الكتابة أقل من القيمة.. فحينئذٍ له أن يأخذ البدل من العبد، ويرجع على الشاهدين بفضل القيمة.

هذا في الشهادة على المولى؛ أما إذا شهد على المكاتب، ثم رجعا.. ففي «المحيط» في هذه المسألة: إذا ادّعى عبد أن مولاه كاتبه على ألف درهم وهي قيمته، وادعى المولى أنه كاتبه على ألفين وأقام على ذلك البينة، فقضى القاضي بألفين على المكاتب فأداها، ثم رجع الشاهدان.. فإنهما يضمنان ألف درهم للمكاتب؛ لأنهما أوجبا على المكاتب ألف درهم بغير عوض حصل له؛ فإذا رجعا.. ضمنا ذلك له.

• **وأما النسب والولاء..** ففي «المحيط» السرخسي: إذا ادعى رجل أني ابنك، والأب يجحد دعواه، فأقام الابن البينة أنه ابنه، وقضى القاضي بذلك، وأثبت نسبه، ثم رجعوا.. فإنهم لا يضمنون شيئاً للأب؛ سواء رجعوا حال حياة الأب أو بعد وفاته؛ لأنهم ما ألزموه مالاً، إنما ألزموه النسب، والنسب ليس بمال، وكذلك لا يضمنون لسائر الورثة ما ورثه الابن المشهود له؛ لأن استحقاق الميراث مضاف إلى موت الأب لا إلى النسب الذي ثبت بشهادتهما، وهذا؛ لأن استحقاق الميراث، وإن كان لا بد له من الموت والنسب.. إلا أن الموت آخرهما وجوداً، فيضاف الاستحقاق إليه.

وكذلك إذا ادعى رجل ولاء رجل وقال: إني أعتقتك، والمعتَق يجحد، وأقام المدعي البينة على دعواه، ثم رجعوا.. لا يضمنون شيئاً؛ سواء رجعوا حال حياة المعتق أو بعد وفاته.

وإن كان لا بد من الموت والولاء.. إلا أن استحقاق الميراث مضاف إلى الموت الذي هو آخرهما وجوداً، لا إلى الولاء الذي ثبت بشهادتهما.

بخلاف ما إذا شهدوا بالولاء بعد موت المعتق، ثم رجعوا عن شهادتهم.. فإنهم يضمنون جميع ما ورثه المعتق لورثته المعروفين؛ لأن الاستحقاق في هذه الصورة مضاف إلى الولاء لا إلى الموت؛ لأن الولاء هنا آخرهما؛ كما لو شهد الرجل أنه ابن هذا القتيل ووارثه لا وارث له غيره، والقاتل يقر أنه قتله عمداً، وقضى القاضي للمشهود له بالقصاص، فقتله المشهود له، ثم رجعوا عن شهادتهم.. فإنهم لا يضمنون للقصاص شيئاً؛ لأن القصاص ليس بمال، ولكن يضمنون كل ما ورثه هذا الابن المشهود له من القتيل لورثته المعروفين؛ لأن استحقاق الميراث هنا مضاف إلى النسب الذي ثبت بشهادتهما، لا إلى الموت، والنسب آخرهما، وقد أقروا بالرجوع: أنهم أتلفوا ذلك على ورثته المعروفين؛ فلذا ضمنوا.

• **وأما الولادة..** ففي «المحيط» [٢٧٩/ب] نقلاً عن «الجامع»: رجل له

جاريتان، لكل واحدة منهما ولد ولدته في ملك الرجل، فشهد شاهدان لأحد الولدين بعينه وأمه: أن الرجل ادّعاه، والرجل يجحد ذلك، وشهد شاهدان آخران للولد الآخر وأمّه: أن الرجل ادّعاه، والرجل يجحد ذلك أيضاً، وقضى القاضي بشهادتهم، وجعل الابنين ابني الرجل والأمين أمَّي ولد له، ثم رجع الشهود جميعاً عن شهادتهم.. فالولدان ابنان للمولى، والجاريتان أمَّي ولد له.

فإن كانت الشهادة والرجوع عنها حال حياة المولى؛ فإن كان الولدان كبيرين.. ضمن كل فريق من الشهود قيمة الولد الذي شهد بنسبه ونقصان الاستيلاد في الأمة التي شهد لها للمولى؛ لأن في زعم كل فريق عند الرجوع: أنه أتلف على المولى الولد الذي شهد بنسبه، وأتلف من الجارية التي شهد لها قدر ما انتقص أمومية الولد بغير حق، وزعم كل إنسان حجة في حقه.

ثم إذا [أخذ][1] المولى ذلك القدر من الشهود واستهلكه، ولا وارث له غير الابنين، وكل واحد من الابنين يجحد أن يكون صاحبه ابن المولى.. كانت أمواله ميراثاً بين الابنين، وعتقت الجاريتان، وضمن كل فريق من الشهود قيمة ما بقي من الجارية التي شهدوا لها؛ لأنهم صاروا متلفين لما بقي عند موت المولى بالشهادة السابقة بغير حق، ويكون ذلك للمولى ميراثاً عنه للابنين.

هذا إذا كان جحد كلّ من الابنين كون صاحبه ابن المولى.

أما إذا كان يصدق كلّ واحد منهما صاحبه.. فالشهود لا يضمنون شيئاً للابنين.

وإن كانت الشهادة من الفريقين والرجوع عنها بعد وفاة المولى وترك الميت أخاً معروفاً مثلاً وأموالاً كثيرة وقد كان قضى القاضي بعتق الابنين وبعتق أمهما، وقضى بالميراث، وكل واحد من الابنين يجحد صاحبه.. فإن كل فريق من الشهود: يضمن الابن الذي لم يشهد له جميع قيمة الابن الذي شهد له وجميع قيمة أمّه.

---

(١) سقط من المخطوط، تم استدراكه من «المحيط البرهاني» (٨/ ٥٦٧).

بخلاف ما إذا كانت الشهادة في حياة المولى.. فإن هناك يضمن كل فريق نصف قيمة الابن المشهود له ونصف قيمة أمّه للابن الآخر.

هذا إذا كانت الشهادة من فريقين متفرقين.

وأما إذا كانت من فريق واحد.. فإن شهد شاهدان أن المولى قال في كلمة واحدة: هذان ابناي من هاتين الجاريتين، والابنان كبيران يدّعيان ذلك مع الجاريتين، فقضى القاضي بشهادتهم، ثم رجعوا؛ فإن كانت الشهادة والرجوع في حال [٢٨٠/أ] حياة المولى.. ضمن الشهود للمولى قيمة الولدين ونقصان الاستيلاد.

فإن أخذ المولى ذلك واستهلكه، ثم مات المولى.. لم يغرم الشهود شيئاً من قيمة الأمتين للابنين، ولا يغرم الشهود أيضاً للأخ شيئاً مما ورثه الابنان إن كان للميت أخ؛ لأنهم شهدوا بالنسب حال حياة المولى.

وإن كانت الشهادة حال حياة المولى والرجوع بعد وفاته.. لم يغرم الشهود شيئاً للابنين، ولا للأخ إن كان للميت أخ.

وإن كانت الشهادة والرجوع بعد وفاة المولى.. فالشهود لا يغرمون للابن شيئاً، ويغرمون للأخ قيمة الأمتين وقيمة الابنين وما ورثه الابنان.

بخلاف ما إذا كانت الشهادة من الفريقين.. فإن هناك لا يضمن الشهود للأخ شيئاً.

هذا كله إذا كان الولدان كبيرين والشهود فريق واحد.

أما إذا كان الولدان صغيرين وقت الشهادة والشهود فريق واحد.. ينتظر بلوغهما: فإذا بلغا؛ فإن صدّق كل واحد منهما الشهود فيما شهدا لصاحبه.. فهذا وما لو شهد لكل ابن فريق وجحد كلّ ابن صاحبه: سواء؛ لأن الشهادة هنا لا تنتقض وإن كذب كل منهما شهوده.

إما لأن هذا تكذيب بعد القضاء وهو لا يوجب بطلان القضاء والشهادة.

وإما لأن هذا تكذيب فيما شهدا له، وتكذيب المشهود عليه لا يبطل الشهادة.

وَمن عُلِمَ أنّه شهدَ زوراً.. شُهِّرَ، وَلَا يُعَزّر.

الكل في «المحيط»، وتفصيله ثمة فارجع إليه.

• **وأما الحدود والجنايات**: ففي «المحيط» أيضاً: إذا شهد شاهدان على رجل بسرقة ألف درهم بعينها من رجل، وقضى القاضي بها، وقطع يد المشهود عليه، ثم رجعا عن شهادتهما.. فإنهما يضمنان دية اليد للمشهود عليه.

أربعة شهدوا بالزنا ورجم بشهادتهم، ثم رجعوا.. فإنهم يضمنون الدية ويحدّون حدّ القذف.

وفيه وفي «الخانية» أيضاً: شهد شاهدان أن المولى أعتق عبده أمس، وقضى القاضي بشهادتهما، وأعتق العبد، وشهد آخران أن العبد قتل وليَّ هذا أمس، والمولى يعلم بذلك.. قضي بالدية على المولى.

فإن رجعوا جميعاً.. ضمن شاهد العتق قيمة العبد، ويضمن شهود الجناية عشرة آلاف درهم.

• **وأما الهبة، والصدقة، والرهن، والوديعة، والبضاعة، والمضاربة، والإجارة**: ففي «المحيط»: عبد لرجل شهد شاهدان عليه أنه وهب هذا العبد من هذا الرجل وقبضه، والموهوب له يدّعي، والواهب يجحد، وقضى القاضي بشهادتهم، ثم رجعا [٢٨٠/ب] عن الشهادة.. ضمنا قيمة العبد للواهب، والعبد للموهوب له، هكذا ذكره وفصله.

ثم قال: كل جواب في الهبة.. فهو الجواب في الصدقة، إلا في الرجوع.. فإنه لا رجوع في الصدقة.

بخلاف الهبة؛ فإن فيها الرجوع.

ثم ذكر أحكام الرجوع عن الشهادة في الرهن والوديعة والبضاعة والإجارة.. فارجع إليه.

(**ومن علم أنه شهد زوراً**) بإقراره أو شهد بموت زيد وبالقتل فبان حياته (..**شهر**) من التشهير (**ولا يعزر**) بالضرب؛ لأن المقصود هو الانزجار، وهو يحصل

وَعِنْدَهُمَا: يُوجع ضرباً وَيحبُس.

بالتشهير، فيكتفى به.

وقد وقع ذلك في زمن عمر وعلي، وكان شريح يشهره فيبعثه إلى سوقه إن كان سوقياً، وإلى قومه إن لم يكن سوقياً عند اجتماعهم فيقول: إنا أخذناه شاهد زور فاحذروه وحذِّروه الناس.

واختلفوا في قبول شهادته إذا تاب:

قيل: تقبل.

وقيل: لا.

وفي «البحر»: قالوا: إن كان فاسقاً فتاب.. تقبل؛ لأن الحامل له على الشهادة بالزور فسقه؛ فإذا تاب وظهر صلاحه.. تقبل؛ لزوال الفسق.

وإن عدلاً أو مستوراً.. لا تقبل أبداً.

وعن أبي يوسف: قبولها، وبه يفتى. انتهى.

(وعندهما: يوجع ضرباً ويحبس)، وهو قول الشافعي؛ فإن عمر ضرب شاهد زور أربعين سوطاً وسخَّم وجهه.

والجواب: أنه محمول على السياسة إذا رأى الإمام أو القاضي المصلحة فيه، على ما روي عن شمس الأئمة السرخسي.

وقال شيخ الإسلام: إنه لم يرد بالتسخيم حقيقةَ التسويد، بل إنما أراد به التخجيل بالتفضيح والتشهير.

وفي «المحيط»: قال أبو يوسف ومحمد: يعزر بالضرب، ولا يبلغ به أربعون سوطاً، ثم رجع أبو يوسف وقال: يبلغ خمسة وسبعين.

وروى أبو يوسف ومحمد عن أبي حنيفة: أنه يضرب، ثم يطاف ويشهّر. انتهى.

وهذا مخالف لما روي عن عمر رضي الله عنه من أربعين سوطاً.

* * *

(كتاب الوكالة)

(كتابُ الْوكَالَةِ)

هِيَ إِقَامَةُ الْغَيْرِ مقَامَ نَفسِهِ فِي التَّصَرُّفِ.

(كِتَابُ الوَكَالَة)

وهي في اللغة: تفويض الأمر إلى الغير، قال في «المصباح»: وكلت الأمر إليه وَكْلاً من باب وعد، ووكولاً: فوّضت إليه.

وفي الاصطلاح: (**هي إقامة الغير مقام نفسه في التصرف**).

أطلق التصرف وما يتصرف فيه، ولم يقل: «في التصرف المعلوم، في أمر معلوم»؛ ليشمل الوكالة الثابتة في أدنى التصرفات.. يظهر ذلك بالتأمل في الفروع؛ ففي «قاضي خان»: رجل قال لغيره: أنت وكيلي في قبض هذا الدين.. يصير وكيلاً فيه.

وكذا لو قال: أنت وصيّي في حياتي.

ولو قال: أنت وصيّي.. لا يكون وكيلاً.

ولو قال: أنت وكيلي في كل شيء.. يكون وكيلاً لحفظ المال لا غير، هو الصحيح.

وكذا لو قال: أنت وكيلي [٢٨١/أ] بكل قليل وكثير.

ولو قال: أنت وكيلي في كل شيء جائزٌ أمرُك.. يصير وكيلاً في جميع التصرفات المالية؛ كالبيع والشراء والصدقة.

واختلفوا في الإعتاق والطلاق والوقف.. قال بعضهم: يملك ذلك؛ لإطلاق اللفظ.

وقال بعضهم: لا يملك ذلك، إلا إذا دلّ دليل من سابقة الكلام ونحوه، وبه أخذ الفقيه أبو الليث.

وذكر الناطفي: إذا قال: أنت وكيلي في كل شيء جائز صنعك.. روي عن

محمد: أنه وكيل في المعاوضات والإجارات والهبات والإعتاق.

وعن أبي حنيفة: أنه وكيل في المعاوضات لا في الهبات والإعتاق، وعليه الفتوى. انتهى.

فظهر منه: أن التصرف وما يتصرف فيه إذا كان مجهولاً.. لا يبطل الوكالة، بل يكون وكيلاً في أدنى التصرفات؛ أعني: الحفظ، على الصحيح؛ كما في قوله: أنت وكيلي في كل شيء.

قال في «البحر»: لو قال: وكلتك في هذا.. كان وكيلاً لحفظه؛ لأنه الأدنى، فيحمل عليه.

ولو قال: أنت وكيلي في كلّ شيء.. كان تفويضاً للحفظ.

والقياس: أن لا يكون وكيلاً؛ للجهالة، ولهذا قال في «الأشباه»: لا يصح توكيلٌ مجهول إلّا لإسقاط عدم الرضا بالتوكيل.

ثم قال: ومن التوكيل للمجهول: قول الدائن لمديونه: من جاءك بعلامة كذا، أو من أخذ إصبعك، أو قال لك كذا فادفع مالي عليك إليه.. لم يصحّ؛ لأنه توكيل مجهول، فلا يبرأ بالدفع إليه، كذا في «القنية».

واعلم: أن التعريف المذكور يشعر أن الوكالة تصح وتنعقد بمجرد إقامة الموكل، وليس كذلك، بل لا بد من قبول الوكيل أيضاً ؛ لأنه ركن مثل الإيجاب.

قال في «البدائع»: وأما ركن التوكيل: فهو الإيجاب والقبول؛ فالإيجاب من الموكل أن يقول: وكلتك بكذا أو أفعل كذا أو أذنت لك أن تفعل كذا ونحوه، والقبول من الوكيل أن يقول: قبلت وما يجري مجراه؛ فما لم يوجدا.. لم تتم الوكالة.

ولهذا لو وكل إنساناً بقبض دينه فأبى أن يقبض، ثم ذهب فقبض.. لم يبرأ الغريم؛ لأنه ارتد بالرد.

وَشَرطُهَا: كَونُ الْمُوكِّلِ مِمَّن يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ، ....

ثم الركن قد يكون مطلقاً، وقد يكون معلقاً بشرط؛ نحو: إن قدم زيد فأنت وكيلي في بيع هذا العبد، وقد لا يكون مضافاً إلى وقت؛ بأن يوكله في بيع هذا العبد غداً، ويصير وكيلاً في الغد وما بعده، لا قبله. انتهى.

فإن قيل: إذا كان الأمر والإذن توكيلاً، فما الفرق بينه وبين الرسول؟

أجيب عنه في «البحر»: بأن الرسول من يقول له: أرسلتك، أو كن رسولاً عني في كذا.

وفي «تهذيب القلانسي»: الوكيل من يباشر العقد، والرسول من يبلغ المباشرة.

ولما ذكر تعريفه مشيراً به إلى [٢٨١/ب] أحد ركنيه.. شرع في بيان شرطها، وهو أنواع؛ ما يرجع إلى الموكل، وما يرجع إلى الوكيل، وما يرجع إلى الموكل به.

وذكر رحمه الله كلاً من الأنواع في الكتاب على ما ستطلع عليه.

وذكر الأول بقوله: (**وشرطها: كون الموكل ممن يملك التصرف**)، علله في «الزيلعي»: بأن الوكيل يستفيد ولاية التصرف منه، ولا يتصور أن يستفيد الولاية ممن لا ولاية له.

قيل: هذا على قول أبي يوسف ومحمد، وأما على قول أبي حنيفة: فالشرط أن يكون حاصلاً بما يملكه الوكيل، وأما كون الموكل مالكاً للتصرف.. فليس بشرط، حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر والخنزير، وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد.

وقيل: المراد بكون الموكل مالكاً للتصرف: كونه مالكاً له نظراً إلى أصل التعريف وإن امتنع في بعض الأشياء بعارض النهي، فعلى هذا: يكون المراد بالتصرف في كلام المصنف: جنس التصرف، لا التصرف فيما وكّل به، ولا يرد عليه النقض بتوكيل المسلم الذي يبيع الخمر والخنزير، وبتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد.

لكنه يرد عليه: أن الوكيل يملك جنس التصرف أيضاً حتى لنفسه صحّ، فيكون تمليك الموكل لجنس التصرف تحصيلاً للحاصل.

وزاد في «الهداية» قيداً آخر للموكل، فقال: ومن شرطها: أن يكون الموكل من يملك التصرف ويلزمه الأحكام.

فقيل: قوله: «ويلزمه الأحكام» احتراز عن الوكيل؛ فإنه وإن كان يملك التصرف، لكنه لا يلزمه الأحكام، وقال في «النهاية» و«العناية»: إنه احتراز عن الصبي والمجنون.

فعلى الأول: يكون ملك التصرف شرطاً، ولزوم الأحكام شرطاً آخر.

وعلى الثاني: يكون المجموع شرطاً واحداً.

قال في «العناية»: والثاني أصح؛ لأن الوكيل إذا أذن له بالتوكيل.. صح، والأحكام لا تلزمه؛ يعني: لا تثبت له، فلا يصح توكيله.

ولا يخفى عليك أنه لا حاجة إلى هذا القيد؛ فإن الصبي والمجنون يخرج عنه بقوله: «يملك التصرف» فإنهما لا يملكان التصرف.

أما المجنون: فظاهر.

وأما الصبي: فإن كان غير عاقل.. فهو كالمجنون، وإن كان صبياً يعقل.. فلا يملك تصرف الطلاق والهبة والعتاق والصدقة وغيرها من التصرفات الضارة؛ فإنه لا يملك التوكيل في هذه التصرفات، فيخرج بالنسبة إلى هذه التصرفات، وأما التصرفات النافعة له كقبول الهبة.. فيصح توكيله فيه بلا إذن وليه.

وأما ما تردد بين ضرر ونفع كالبيع والإجارة؛ فإن كان مأذوناً في التجارة.. صحّ توكيله مطلقاً، وإلّا.. توقف على إجازة وليه.

ولا يصح توكيل عبد محجور، فيخرج بقوله [٢٨٢/أ]: «يملك التصرف» أيضاً.

وصح من مأذون ومكاتب.

وَالْوَكِيلِ يعقلُ العقدَ، ويقصدُه، فَيصحُّ ....

(والوكيل يعقل العقد) شروع في بيان شرط الوكيل؛ يعني: يشترط أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد؛ بأن البيع سالب والشراء جالب، ويعرف الغبن اليسير والغبن الفاحش.

ومن شرط الوكيل: علمه بالوكالة.

ولذا قال في «الأسروشنية»: رجل قال لآخر: ادفع إلى فلان ألف درهم، على أني ضامن لها، والمدفوع إليه حاضر يسمع هذه المقالة، فدفع.. فالألف قرض للدافع على الآمر، والقابض وكيل بالقبض، وليس للمأمور أن يأخذها من القابض، وللآمر أن يأخذ بعينها من القابض.

وإنما قال: «والمدفوع إليه حاضر يسمع»؛ لأن المدفوع إليه يصير وكيلاً من الآمر بالقبض، والوكالة لا تصح قبل علم الوكيل، فيشترط حضرته وسماعه؛ فلو استهلكه القابض.. يضمن، ولو هلك في يده.. يهلك أمانة.

(ويقصده) بأن لا يكون هازلاً، هكذا فسره في «العناية»، وعلله بقوله: لأنه يقوم مقام الموكل في العبارة، فلا بد وأن يكون من أهل العبارة.

ثم قال: وهذا يشير إلى أن معرفة الغبن اليسير من الفاحش ليس بشرط في صحة التوكيل، لكنهم ذكروا أن ذلك شرط، وهو مشكل؛ لأنهم اتفقوا على أن توكيل الصبي العاقل صحيح، ومعرفة أن ما زاد على «ده نيم» في المتاع، و«ده يازدة» في الحيوان، و«ده دوازده» في العقار، أو يدخل تحت تقويم المقومين مما لا يطلع عليه أحد إلا بعد الاشتغال بعلم الفقه، فضلاً عن الصبي العاقل.

(فيصحّ) تفريع على كلّ من «شرط الموكل والوكيل»؛ أي: إذا كان شرط الموكل والوكيل ذلك.. يصح.

تَوْكِيلُ الْحرِّ الْبَالِغِ، أَو الْمَأْذُونِ حرّاً بَالغاً أَو مَأْذُوناً، أَو صَبيّاً عَاقِلاً، أَو عبداً محجورَين.

(توكيل الحر البالغ أو المأذون) البالغ (حراً بالغاً) أو عبداً (مأذوناً) بالغاً، كلّ منهما يتعلق بكل من الحر البالغ أو المأذون البالغ، فتحصل أربع صور، وبانضمام الآتي.. تحصل ثمان صور.

(أو صبياً عاقلاً) للعقد، (أو عبداً محجورين) يعني: إذا وكل الحر البالغ أو العبد المأذون في التجارة صبياً عاقلاً محجوراً أو عبداً محجوراً.. جاز ذلك؛ لانتفاء ما يمنع ذلك.

أما من جانب الموكل: فظاهر.

وأما من جانب الوكيل: فلأن الصبي العاقل من أهل العبادة، ولهذا ينفذ تصرفه بإذن وليه، والعبد من أهل التصرف على نفسه، مالك له.

وإنما لا يملك في حق المولى، والتوكيل ليس تصرفاً في حق المولى، إلا أنه لا يصح التزام العهدة.

أما الصبي: فلقصور أهليته.

وأما العبد: فلحق سيده.

لكن العبد إذا عتق.. لزمه العهدة؛ لزوال المانع، والصبي [٢٨٢/ب] إذا بلغ لم تلزمه؛ لأن المانع فيه قصور أهليته؛ حيث لم يكن قوله ملزما في حق نفسه في ذلك الوقت، فلذا.. لم يلزمه بعد البلوغ أيضاً.

بخلاف العبد؛ فإن الأهلية كاملة فيه قبل العتق، وإنما لم يلزمه العهدة لحق المولى، فلما زال حق المولى بعد العتق.. ظهر أثر الأهلية، لكن هذا يشبه تخصيص العلة والمخلص معروف.

وإنما قيد بقوله: «محجورين» إشارة إلى أنهما لو كانا مأذونين.. فبطريق الأولى، وتتعلق الحقوق بهما، لكن بتفصيل، وهو: أن الصبي المأذون إذا وكل بالبيع

بِكُلِّ مَا يعقدُهُ هُوَ بِنَفسِهِ، وبإيفاءِ كلِّ حقٍّ وباستيفائِهِ ....

فباع.. لزمه العهدة؛ سواء كان الثمن حالاً أو مؤجلاً، وإذا وكل بالشراء بثمن مؤجل.. لم يلزمه؛ قياساً واستحساناً، بل يكون على الأمر، يطالبه البائع بالثمن؛ لأن ما يلزمه من العهدة ليس بضمان ثمن؛ لأن ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشترى، وليس هذا كذلك، وإنما هذا التزم مالاً في ذمته استوجب مثل ذلك على موكله، وذلك معنى الكفالة، والصبي المأذون يلزمه ضمان الثمن، ولا يلزمه ضمان الكفالة.

وأما إذا وكل بالشراء بثمن حال.. فالقياس: أن لا يلزمه العهدة، وفي الاستحسان: يلزمه؛ لأن ما التزمه ضمان ثمن؛ حيث ملك المشتري من حيث الحكم.. فإنه يحبسه بالثمن حتى يستوفي من الموكل، كما لو اشترى لنفسه، ثم باع منه، والصبي المأذون من أهل ذلك.

والجواب في العبد المأذون أيضاً: على هذا التفصيل، كذا في «العناية».

ولما ذكر شرط الموكل والوكيل وما يتفرع عليهما.. أراد أن يذكر شرط الموكل به فقال: (**بكلّ ما يعقده**) متعلق بالتوكيل.

(**هو**) أي: الموكل (**بنفسه، وبإيفاء كل حق، وباستيفائه**)؛ لأنه لما جاز أن يباشره بنفسه.. جاز أن يقوم غيره مقامه، فظهر منه: أنه لو قال: «بكل ما يباشره بنفسه».. لكان أخصر؛ لاستغنائه عن ذكر قوله: «وبإيفاء كلّ حق وباستيفائه».

واعلم: أن هذه الكلية ليست بمطردة، ولا بمنعكسة:

أما الأول: فبأمرين:

أحدهما: أن الإنسان جاز له أن يستقرض بنفسه، مع أن التوكيل به لا يجوز، حتى لو وكل به واستقرض له الوكيل.. يكون للوكيل لا للموكل؛ لأن البدل في القرض لا يجب ديناً في ذمة المستقرض بالعقد، وإنما يجب بالقبض، والأمر بالقبض لا يصح؛ لأنه ملك الغير، بخلاف البيع؛ فإن البدل فيه يجب بالعقد، فيصح الأمر به.

إلّا فِي حدٍّ وقَوَدٍ مَعَ غيبَةِ الْمُوكِّلِ.

وثانيهما: أن الذمي إذا وكل مسلماً في بيع خمره.. لا يجوز، مع أن له بيعه بنفسه، ولو وكل ذمياً بذلك.. جاز عند أبي حنيفة.

وأجيب في «البحر» **عن الأول** [٢٨٣/أ]: بمنع عدم جواز التوكيل بالاستقراض؛ مستدلاً بمسألة «الخانية»: إن وكّل بالاستقراض؛ فإن أضاف الوكيل إلى الموكل.. كان للموكل، وإلا.. كان للوكيل. انتهى.

قلت: هذا رواية عن أبي يوسف على ما في «الزيلعي»؛ حيث قال: لا يجوز التوكيل بالاستقراض، وعن أبي يوسف: أنه يجوز، وأكثر المشايخ: على أن التوكيل بالاستقراض لا يجوز.

والتوكيل بالإقراض يجوز؛ ففي «البزازية»: صح التوكيل بالإقراض لا بالاستقراض.

وعن الثاني: بأن توكيل الذمي مسلماً بيع خمره يجوز، وإنما الممتنع توكّل المسلم عنه، وليس الكلام فيه، بل في التوكيل.

وأجيب عن النقض على العكس: بأن العكس غير لازم، وليس بمقصود.. فلا يضرّ ناقضه.

(**إلّا في حد وقود**)؛ أي: يصح التوكيل بإيفاء كلّ حق واستيفائه، إلّا بإيفاء حدّ وقود واستيفائهما، لكن الإيفاء مطلق، والثاني مقيد بغيبة الموكل، وإليه أشار بقوله: (**مع غيبة الموكل**)؛ لأن الحدود والقصاص تسقط بالشبهات، فلا تستوفى بما يقوم مقام الغير؛ لما فيه من نوع شبهة العفو.

بخلاف ما إذا كان الموكل حاضراً؛ لأنه يجوز للوكيل أن يستوفي منه؛ لأنه لا يمكن فيه شبهة العفو، وقد يحتاج الموكل إلى الوكيل لقلة هدايته في الاستيفاء، ولأن قلبه لا تحتمل ذلك.

وبالخصومةِ فِي كلِّ حقٍّ ....

وبخلاف الاستيفاء في غيبة الشهود؛ فإنه يجوز؛ لأن رجوعهم نادر، فلا يتوهم، كذا في «الزيلعي».

ولهذا قال المصنف: «مع غيبة الموكل» احترازاً عن: حضوره، وعن: غيبة الشهود.

ولم يذكر المصنف التوكيل بإثبات الحدود والقصاص - وهو جائز - اكتفاء بقوله: (**وبالخصومة في كلّ حقّ**)؛ لأنه شامل لكل خصومة في كلّ حق، وإثبات الحدود والقصاص من جملة ذلك؛ لأنه خصومة في حق، وإنما جاز التوكيل في إثبات الخصومات حتى الحدود والقصاص؛ لأن كل أحد ليس بمهتد إلى وجوه الخصومات، والحاجة ماسة إليها، فيحتاج إلى توكيل الغير بالضرورة، وقد صح: أن علياً وكّل عقيلاً؛ لكونه ذكياً حاضر الجواب، وبعدما أسنَّ عقيل.. وكّل عبد الله بن جعفر. هذا قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: لا يجوز التوكيل بإثبات الحدود والقصاص بإقامة الشهود؛ كما لا يجوز لإيفائهما واستيفائهما.

ومحمد مع أبي حنيفة في رواية، ومع أبي يوسف في رواية.

وقال في «الزيلعي»: والأظهر: أنه مع أبي حنيفة.

وفي «العناية»: وقيل: هذا الاختلاف إذا كان الموكل غائباً [٢٨٣/ب]، وأما إذا حضر.. فلا اختلاف في جوازه.

ولأبي يوسف: أن التوكيل إنابة، والإنابة فيها شبهة لا محالة، فلا يثبت بها ما يندرئ بالشبهات.

ولأبي حنيفة: أن الخصومة شرط محض؛ لأن الوجوب مضاف إلى الجناية، والظهور إلى الشهادة والشرط المحض مما يجوز إثباته بالشبهات كسائر الحقوق

بِشَرْطِ رِضا الْخصمِ؛ لِلُزومها.

إِلّا أَن يكونَ الْمُوكِّلُ مَرِيضاً لَا يُمكنهُ حُضُورُ مجْلِسِ الحكمِ.

أَو غَائِباً مَسَافَةَ سفرٍ.

أَو مرِيداً للسَّفرِ.

أَو مُخَدَّرةً غيرَ مُعْتَادَةِ الْخُرُوجِ إِلَى مجْلِسِ الْحَاكِم.

وَعِنْدَهُمَا: لَا يشْتَرط رضا الْخصم.

الثابتة بالشبهات، بخلاف إيفائها واستيفائها.. فإنهما ليسا بشرط محض حتى يثبت بالشبهات، بل هي إلى الأولياء.

ولا يخفى عليك: أن هذا في إثبات حد السرقة والقذف، لا في حد الشرب والزنا؛ لأن حد الزنا يشمل دعوى المال، فيزيد الموكل بإثباته إثبات المال لا القطع، فيصح التوكيل بإثباته.

وكذا المقذوف يريد بالتوكيل بإثباته رفع العار عن نفسه.. فيصح.

بخلاف حد الشرب والزنا؛ إذ لا حق لأحد فيهما، بل هما حق الله تعالى؛ فإذا كان أجنبياً.. لا يصح توكيله، كذا في «الزيلعي».

(**بشرط رضا الخصم**)؛ سواء كان الموكل هو المدعي أو المدعى عليه.

(**للزومها**) أي: لزوم الوكالة، الجار متعلق بشرط.

(**إلا أن يكون الموكل مريضاً لا يمكنه حضور مجلس الحكم، أو غائباً مسافة سفر، أو مريداً للسفر**) بأن يكون مشتغلاً بأمور السفر.

(**أو**) كانت امرأة (**مخدرة غير معتادة الخروج إلى مجلس الحكم**)؛ فإن رضا الخصم ليس بشرط فيها، هذا عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: لا يشترط رضا الخصم**) مطلقاً؛ يعني: اختلفوا في اشتراط رضا الخصم في التوكيل بالخصومة.

قال أبو حنيفة: يشترط؛ سواء كان الموكل مدعياً أو مدعى عليه، إلا في المستثنيات المذكورة.

وقالا: لا يشترط مطلقاً، وهو قول الشافعي.

وليس محلّ النزاع الجواز؛ إذ لا خلاف في الجواز بدون رضا الخصم، بل الاختلاف في اللزوم، على ما صرّح به في «الهداية».

ولهذا قال المصنف: «شرط للزومها»، فعلى قول أبي حنيفة: ترتد الوكالة بردّ الخصم؛ لعدم الشرط وهو رضاه، وعلى قول الإمامين: لا ترتد.

لهما: أن التوكيل تصرف في خالص حقه لا يتوقف على رضا الغير، كما في التوكيل باستيفاء الدين.

ولأبي حنيفة: لا نسلم أنه لا يكون خالصاً له، سلمناه.. لكن تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره، وهنا ليس كذلك؛ لأن الناس يتفاوتون في الخصومة، فلو قلنا بلزومه.. لتضرر به، فيتوقف على رضاه؛ كالعبد المشترك إذا كاتبه أحد الشريكين.. فإنها تتوقف على رضا الآخر وإن كان تصرفاً في خالص حقه، بخلاف المستثنيات المذكورة؛ لضرورة خالص [٢٨٤/أ] حقه فيها؛ لأن الجواب غير مستحق عليه فيها، فلا يكون فيه إسقاط حق مستحق عليه؛ فإن المرض المجوّز للتوكيل هو المرض المانع عن الحضور مجلس القاضي مطلقاً.

وأما القادر عليه بظهر الدابة أو الحمال، لكنه لو حضر لازداد مرضه.. فيصح التوكيل منه أيضاً.

وإن لم يزد مرضه.. ففيه اختلاف.

قال بعضهم: هو على الخلاف.

وقال بعضهم: له أن يوكل، وهو الصحيح. على ما في «العناية»، وهو خلاف إطلاق المصنف.

وَحُقُوق عقدٍ يضيفُه الْوَكِيلُ إِلَى نَفسه ....

وجعلوا إرادة السفر مثل السفر في صحة التوكيل؛ لتحقق الضرورة، لكنه لا يصدّق في دعواه السفر إلا بالنظر إلى زيّه وعدّة سفره، أو بالسؤال عن رفقائه.

واختلفوا في تفسير المخدرة:

ففسره المصنف بما ذكره.

وقال في «البحر»: المخدرة: هي التي لم تجر عادتها بالبروز ومخالطة الرجال.

وعن الحلواني: التي لم تخرج في حوائجها مبرزة.

وقال البزدوي: من لا يراها غير المحارم: مخدرة.

وقال في «البحر»: ولو اختلفا في كونها مخدرة؛ فإن كانت من بنات الأشراف.. فالقول لها بكراً أو ثيباً؛ لأنه الظاهر من حالها.

وفي الأوساط: يقبل قولها لو بكراً.

وفي الأسافل: لا يقبل قولها في الوجوه.

والخروج للحاجة لا يقدح فيه ما لم يكثر؛ بأن تخرج لغير حاجة كذا في «البزازية».

ثم اعلم: أن العقود التي يعقدها الوكلاء على نوعين:

أحدهما: ما يتعلق حقوقه إلى الوكيل.

والآخر: إلى الموكل.

فأشار إلى ضابطة الأول بقوله: (**وحقوق عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه**) مبتدأ، خبره قوله الآتي: «تتعلق به» يعني: كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه كما سيأتي ذكره.. فحقوقه تتعلق بالوكيل، وهذا عندنا.

وقال الشافعي: تتعلق بالموكل؛ لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف، وحكم التصرف - وهو الملك - يتعلق بالموكل، فكذا توابعه، كما في الرسول، وفي الوكيل بالنكاح والخلع ونحوهما على ما سيأتي ذكره.

قلنا: إن الوكيل هو العاقد في هذه التصرفات حقيقة وحكماً:

أما حقيقة: فلأن العقد يقوم بالكلام، وصحة كلامه: بكونه آدمياً له أهلية الإيجاب والاستيجاب، فكان العقد الواقع منه له ولغيره سواء.

وأما حكماً: فلأنه يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل.

ولو كان سفيراً محضاً عن الموكل.. لما استغنى عن ذلك كالرسول، بخلاف الرسول والوكيل بالنكاح ونحوه.. فإنهما لا يستغنيان عن الإضافة إلى الموكل؛ فإن كان عاقداً واستغنى عن الإضافة إلى الموكل.. كان الوكيل أصيلاً في الحقوق [٢٨٤/ب]، فيتعلق به.

ولهذا قال في «النهاية»: لو حلف المشتري ما للموكل عليه شيء.. كان باراً في يمينه، ولو حلف ما للوكيل عليه شيء.. كان حانثاً. انتهى.

قلنا: ثبت الملك للموكل بطريقين:

أحدهما: بطريق الخلافة عن الوكيل؛ بأن يثبت الملك ابتداء للموكل بطريق أنه قائم مقام الوكيل؛ لأن السبب - وهو العقد - انعقد موجباً للملك للوكيل، لكن الموكل قائم مقامه في ثبوت الملك له للتوكيل السابق، فبقي حقوق الملك في الوكيل، وهذا طريقة أبي طاهر الدباس، اختاره جماعة من أصحابنا.

قال صاحب «الهداية»: وهو الصحيح.

وقال شمس الأئمة: إنه أصح. وهو مختار المصنف أيضاً، على ما سيأتي.

وتحقيقها: أنّ لتصرف الوكيل جهتين؛ جهة حصوله بعبارته، وجهة نيابته عن الموكل، وإعمالهما ولو بوجه: أولى من إهمال أحدهما؛ فلو أثبت الملك والحقوق

للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولهما بعبارته وأهليته.. بطل التوكيل، ولو أثبتناهما للموكل.. بطل عبارته، فأثبتنا الملك للموكل؛ لأنه الغرض من التوكيل بطريق الخلافة على الوجه الذي ذكرناه، لا بطريق الأصالة على ما ذهب إليه الشافعي.

وإذا ثبت الملك للموكل بهذه الطريقة.. تعيّن الحقوق للوكيل.

وثانيهما: بطريق الانتقال، وهو أن يثبت الملك ابتداء للوكيل؛ لتحقق سببه من جهة الوكيل، ثم ينتقل منه إلى الموكل عملاً بقضية التوكيل، وهذا طريقة الكرخي.

ومما يدل على صحة طريقة أبي طاهر: أن المشترى إذا كان منكوحة الوكيل أو قريبه.. لا يفسد النكاح، ولا يعتق عليه، ولو ملك الوكيل المشتري.. لفسد النكاح وعتق عليه.

ثم اعلم: أنهم تكلموا في معنى قولهم: «كلّ عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه.. ترجع حقوقه إليه»، فقال مولانا العزمي في حاشية «الدرر» نقلاً عن «شرح مختصر القدوري» للإمام الزاهدي قوله: كلّ عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه.. أراد به: أنه يصح إضافته إلى نفسه، ويستغني عن إضافته إلى الموكل، لا أنه شرط، ولهذا لو أضاف الوكيل بالشراء الشراء إلى موكله.. صح بالإجماع.

وقوله: «كلّ عقد يضيفه إلى موكله كالنكاح» فزاده: أنه لا يستغني عن الإضافة إلى موكله، حتى لو أضاف إلى نفسه.. لا يصح، فلفظ الإضافة واحد، والمراد مختلف. انتهى.

وقال مولانا العزمي بعد هذا النقل نقلاً عن «الفصول العمادي»: إن الوكيل بالبيع والشراء لو أضاف العقد إلى الموكل.. لا ترجع حقوق العقد إلى الوكيل اتفاقاً. انتهى.

قلت: فعلى هذا.. يلزم أن يكون مراد الإمام الزاهدي [٢٨٥/أ] بقوله: «صح

بالإجماع»: صحّ على الموكل لا على الوكيل، لكن الظاهر أن مراده ليس كذلك، بل مراده: أنه يصح على الوكيل؛ يعني: كل عقد يصح إضافته إلى نفسه.. فحقوقه ترجع إليه؛ سواء أضافه إلى نفسه أو إلى موكله.

وقال في «البحر»: والمراد بقوله: فيما يضيفه الوكيل إلى نفسه في كلّ عقد لا بد من إضافته إليه ينفذ على الوكيل، وليس المراد ظاهر العبارة من أنه قد يضيفه إلى نفسه وقد لا يضيفه؛ فإن أضافه إلى نفسه.. يتعلق بالوكيل، وإن أضافه إلى موكله.. يتعلق بالموكل. انتهى.

أقول: في دعوى الإجماع والاتفاق - كما في لفظي الإمام الزاهدي ومولانا العزمي - نظر؛ لأنه قال في «قاضي خان»: رجل وكّل رجلاً ليشتري له من فلان عبده، فجاء الوكيل إلى صاحب العبد وأخبره بذلك، فقال صاحب العبد: بعت هذا العبد من الموكل بكذا، فقال الوكيل: قبلت.. قال أبو القاسم الصفار: يكون الوكيل مشترياً لنفسه؛ لأن الموكل أمره بعقد كانت العهدة فيه على الوكيل؛ فإذا قال الوكيل: صاحب العبد بعث هذا العبد من الموكل.. فقد باشر بيعاً كانت العهدة فيه على الموكل، فلما قال الوكيل: قبلت.. صار المشتري هو الوكيل، فيصير الوكيل مخالفاً للموكل.

قال مولانا: فيما قال أبو القاسم نظر؛ ينبغي أن لا يصير الوكيل مشترياً لنفسه، بل يلزم الآمر، أو يتوقف على إجازته؛ لأن الوكيل لما صار مخالفاً للموكل.. صار كأن صاحب العبد قال ابتداء: بعت عبدي من الموكل؛ فإذا قال الوكيل: قبلت.. يتوقف على إجازته، ولا يصير الوكيل مشترياً لنفسه. انتهى ما ذكره «قاضي خان».

وجزم في «الخلاصة» و«البزازية»: أنه لا يلزم الموكل، لأن الوكيل خالفه في أمره.

ثم قال في «البزازية»: قال أبو القاسم الصفار: الصحيح: أن الوكيل يصير فضولياً، ويتوقف العقد على إجازة الموكل، فظهر من هنا: أن في المسألة ثلاثة أقوال:

كَبيعٍ، وَإِجَارَةٍ، وَصلحٍ عَن إِقْرَار، تتَعَلَّقُ بِهِ إِنْ لم يكنْ مَحْجُوراً، ....

أحدها: أنه يلزم الموكل.

والثاني: أنه يلزم الوكيل.

والثالث: أن العقد يتوقف على إجازة الموكل. وإنه هو الصحيح.

(**كبيع**) مثال للعقد الذي يصحّ إضافة الوكيل إلى نفسه ويستغني عن الإضافة إلى الموكل، وكذا الشراء؛ فإن الوكيل بهما يقول: بعت هذا منك واشتريته منك، لا بعته منك من قبل فلان أو اشتريته منك لفلان، حتى لو قال كذلك.. يصير العقد موقوفاً على إجازة الموكل على الصحيح من الأقوال على ما تقدم آنفاً.

(**وإجارة وصلح عن إقرار**).

رجل ادعى داراً على عمرو، وهو مقرّ لتلك الدار [٢٨٥/ب] للمدعي، فوكل عمرو وكيلاً على أن يصالح بالمائة، فصالح الوكيل عن إقرار.. فعليه تسليم بدل الصلح، وإن صالح عن إنكار.. فلا عليه، بل على الموكل، على ما سيأتي.

(**تتعلق به**) أي: بالوكيل.

وقال الشافعي: إنه يتعلق بالموكل؛ اعتباراً بالرسول والوكيل بالنكاح.

قلنا: قد تقدم الجواب عنه، ولنذكر هنا بوجه إجمالي: هو أن الوكيل هو العاقد في هذه التصرفات حقيقة وحكماً على ما تقدم، فتعلق الحقوق إليه؛ كخلاف الرسول والوكيل بالنكاح.. فإنهما ليسا بعاقدين؛ لعدم استغنائهما عن الإضافة إلى المرسل والموكل، فلا تتعلق الحقوق بهما، حتى لو أخرج الرسول كلامه مخرج الوكالة بأن أضاف العقد إلى نفسه.. لا يجوز؛ لأن الرسالة لا تتضمن الوكالة؛ لكون الوكالة فوق الرسالة، وكذا لو أضاف وكيل النكاح العقد إلى نفسه.. لا يجوز.

(**إن لم يكن**) أي: الوكيل في العقود المذكورة (**محجوراً**)؛ احتراز عن الصبي والعبد المحجورين؛ فإن توكيلهما جائز، لكن حقوق عقدهما ترجع إلى الموكل على ما تقدم من أنّ التزام العهدة لا يلزمهما.

فَيسلِّمُ الْمَبِيعَ، ويتسلمُهُ، وَيقبضُ الثّمنَ، وَيُطَالِبُ بِهِ، ....

أما الصبي المحجور: فلقصور أهليته.

وأما العبد المحجور: فلحق المولى.

ثم أراد أن يبين الحقوق المتعلقة بالوكيل في العقود المذكورة وهي على نوعين: نوع يكون للوكيل، ونوع يكون على الوكيل.

فالنوع الأول: لا يجب على الوكيل، حتى لو امتنع.. لا يجبره الموكل؛ لأنه مدع فيه، ولا جبر على المدعي، وإن مات الوكيل.. فولاية هذا النوع لورثته، وإن امتنعوا.. وكلوا موكل مورثهم.

والنوع الثاني: يجب على الوكيل حتى يجبر عليه؛ لأنه مدع عليه.

فأشار إلى النوعين ، فقال: (**فيسلم المبيع**) أي: الوكيل بالبيع، وهو من النوع الثاني، (**ويتسلمه**) أي: الوكيل بالشراء بقبض المبيع وهو من النوع الأول.

(**ويقبض**) أي: الوكيل بالبيع (**الثمن**) من المشتري، وهو من النوع الثاني.

(**ويُطالَب**) على صيغة المجهول؛ أي: يطالب الوكيل بالشراء (**به**) أي: بالثمن وإن لم يقبضه من موكله، على ما صرح به في «البزازية»؛ لأنه عاقد، وهو من النوع الثاني.

بخلاف الوكيل بالبيع؛ فإنه لا يطالب بالثمن من مال نفسه ما لم يقبضه من المشتري.

وهل يجبر على التقاضي؛ أي: الأخذ من المشتري؟

ففي «البزازية»: الوكيل بالبيع لا يطالب بالثمن من مال نفسه، ولا يجبر على التقاضي؛ لأنه متبرع، بخلاف الدلال والسمسار والبياع؛ لأنهم يعملون بالأجر، بل يقال للوكيل: أجل الموكل على المشتري، وحق القبض للوكيل.

ولو قبضه الموكل.. صح، إلّا في الصرف.. فإنه لا يجوز قبضه إلا للوكيل؛ لأن القبض فيه بمنزلة الإيجاب والقبول.

وَيرجعُ بِهِ عِنْد الِاسْتِحْقَاقِ، ويخاصِمُ فِي عَيْبِ مشريِّهِ، وَيردُّهُ بِهِ إِنْ لم يُسلِّمْهُ إِلَى مُوكِّلِهِ.

وَبعدَ تَسْلِيمِهِ.. لَا، إِلّا بِإِذْنِهِ.

قال شيخ الإسلام [٢٨٦/أ]: الوكيل ما دام حياً، وإن كان غائباً.. لا ينتقل الحقوق إلى الموكل.

وقال الفضلي: إن مات عن وصيّ.. فإلى وصيه، لا إلى الموكل.

وإن لم يكن له وصيّ.. يرفع إلى الحاكم لينصب وصياً عند البعض، وهو المعقول.

وقيل: ينتقل إلى موكله ولاية قبضه، فيحتاط عند الفتوى. انتهى.

(**ويرجع**) أي: وكيل الشراء على البائع (**به**) أي: بالثمن (**عند الاستحقاق**) أي: استحقاق المبيع إن نقد الثمن، وهو من النوع الأول.

(**ويخاصِم**) بكسر الصاد أي: الوكيل بالشراء، وهو من النوع الأول أيضاً.

(**في عيب مشريه ويرده**) على بائعه (**به**) أي: بسبب العيب.

(**إن لم يسلمه**) أي: الوكيل بالشراء (**إلى موكله، وبعد تسليمه.. لا؛ إلا بإذنه**)؛ لأن حقه بعد التسليم إليه.

قال في نوع الرد بالعيب من بيوع «البزازية»: الوكيل بالشراء له الرد بالعيب قبل الدفع إلى الموكل كالمضارب، ولو ادّعى البائع رضاء الآمر بالعيب وبرهن.. بطل الرد.

وإن أراد تحليف الآمر.. ليس له ذلك؛ لأنه لم يجر بينهما عقد.

وإن أراد تحليف الوكيل.. ليس له ذلك أيضاً؛ لعدم دعوى الرضاء منه.

ولو أقر الوكيل برضاء الآمر.. لزمه المبيع.

وَيُخاصِمُ فِي عيبِ مبيعِهِ، وَفِي شفعته إِن كَانَ فِي يَده، ....

وقال فيه أيضاً: الوكيل بالشراء وجد بالمشترى عيباً قبل القبض فأبرأ البائع.. جاز ولزم الآمر.

وإن كان بعد القبض.. لزمه الآمر.

ثم قال في الفصل التاسع من كتاب البيوع أيضاً: الوكيل بالشراء أخذ المشترى على وجه السّوم مع قرار الثمن، فأراه الموكل، فلم يرض به، فهلك في يد الوكيل.. ضمن الوكيل قيمة السلعة للبائع، ثم يرجع به على الموكل إن كان أمره بالأخذ على وجه السّوم.

وإن كان لم يأمره.. لا يرجع.

وفي «البحر»: لو مات الوكيل بالشراء قبل الرد بالعيب.. يردّه وارثه أو وصيه إن كان ذلك، وإلّا.. فيرده الموكل.

(ويخاصَم) بفتح الصاد؛ أي: يخاصم الوكيل بالبيع (في عيب معيبه).

لو مات الوكيل بالبيع قبل المخاصمة بالعيب.. يرده المشتري على وارث الوكيل أو وصيه إن كان، وإلا.. فعلى الموكل.

وفي «البزازية»: الوكيل بالشراء يملك إبراء البائع عن العيب عندهما، وعلى قول أبي يوسف اختلفوا فيه:

قيل: إن كان قبل قبض المبيع.. يملك، وإن كان بعد قبضه.. لا يملك.

وقيل: يملك إبراءه على الإطلاق.

الوكيل بالبيع يملك إسقاط الثمن عن مشتريه إقالة أو إبراء، وضمنه للموكل، وسيأتي تفصيله.

(وفي شفعته إن كان) المبيع (في يده) في يد الوكيل بالبيع؛ أي: قبل التسليم إلى المشتري.

وَكَذَا شُفْعَةُ مشريِّه.

وَالْملْكُ يثبت لِلْمُوكِّل ابْتِدَاءً.. فَلَا يُعْتُق قريبٌ، أو وَكيلٌ شرَاه.

(وكذا) أي: يخاصم الوكيل بالشراء في (شفعة مشريه) أي: قبض [٢٨٦/ب] مشريه وكان في يده.

وأما إذا سلمه إلى موكله.. فالمطالب بالشفعة هو الموكل؛ لانتهاء الوكالة بالتسليم إليه.

ثم لما ذكر أن الحقوق في العقود المذكورة ترجع إلى الوكيل مع أن الملك يثبت للموكل.. أراد أن يذكر أن الملك بأي طريق يثبت للموكل؟

فقال: (والملك يثبت للموكل ابتداء)، قد تقدم من قبل: أن في ثبوت الملك للموكل مع تعلق حقوقه للوكيل طريقين:

أحدهما: طريقة الخلافة، وهي طريقة أبي طاهر الدباس.

والثاني: طريقة الانتقال، وهي طريقة الكرخي، واختاره «قاضي خان».

ولما كان مختار أكثر المشايخ الطريقة الأولى.. اختارها المصنف أيضاً، وهي التي صححه شمس الأئمة وصاحب «الهداية».

وقد ذكرنا وجه الطريقين.. فارجع إليه.

ثم فرع على ما اختاره من الطريقتين: (فلا يعتق قريب أو كيل شراه)، وكذا لا يفسد نكاح الوكيل بالشراء إذا اشترى منكوحته.

ولو ملك الوكيل بالشراء ما شراه ابتداء على ما قاله الكرخي.. يلزم أن يعتق على الوكيل بالشراء قريبه إذا اشتراه للموكل ويفسد نكاحه فيما اشتراه وكالة منكوحته، وليس كذلك، فظهر صحة طريقة أبي طاهر الدباس: من أن الملك يثبت للموكل ابتداء، لكنه بطريق الخلافة عن الوكيل.

فإن قيل: عدم وقوع العتق وعدم فساد النكاح فيهما ليس لعدم الملك للوكيل، بل لعدم استقرار الملك في الوكيل، ومدار العتق وفساد النكاح على استقرار الملك،

وَحُقُوق عقدٍ يضيفُه إِلَى مُوكِّلِهِ تتَعَلَّقُ بالموكِّل؛ كَنِكَاحٍ وخُلعٍ وَصلحٍ عَن إِنْكَارٍ، أو دمٍ عمدٍ، وَكِتَابَةٍ، وَعتقٍ على مَالٍ، وَهبةٍ، وَصدقَةٍ وإِعارةٍ، وإِيداعٍ، وَرهنٍ، وإِقراضٍ، وَشركَةٍ، ومضاربةٍ، ....

فلم يظهر صحة قول أبي طاهر الدباس.

أجيب: بأن الظاهر من إطلاق قوله ﷺ: «من ملك ذا رحم محرم منه.. عتق عليه»: أن مدار العتق هو الملك مطلقاً لا الملك على وجه الاستقرار.

فإن قيل: إن المطلق ينصرف إلى الكامل، والكامل هو الملك على الاستقرار.

قلنا: نعم، إلا أن هذا إخراج النص عن ظاهره بلا ضرورة.

ثم أشار إلى ضابطة النوع الثاني من العقود فقال: (**وحقوق عقد يضيفه**) الوكيل (**إلى موكله**) أي: لا يستغني عن الإضافة إلى موكله، بل يلزمه الإضافة إليه (**تتعلق بالموكل**)؛ لأن الوكيل فيها سفير محض، فيكون أجنبياً عن العقد.

(**كنكاح وخلع وصلح عن إنكار**)، قيّده بالإنكار؛ لأن الصلح عن إقرار قد تقدم بيانه.

(**أو دم عمد وكتابة وعتق على مال وهبة وصدقة وإعارة وإيداع ورهن وإقراض**)، بخلاف التوكيل بالاستقراض؛ فإنه لا يصح على ما سنذكره.

(**وشركة، ومضاربة**)؛ لأن الوكيل في هذه العقود لا بد وأن يضيف العقد [٢٨٧/أ] إلى موكله، حتى لو أضافه إلى نفسه.. لوقع النكاح لنفسه، على ما صرح به في «الزيلعي»، فكان الوكيل فيها سفيراً محضاً، ولا عهدة على السفير، فتتعلق الحقوق بالموكل، وهذا لأن الحكم في هذه العقود لا يقبل الفصل عن السبب؛ أي: البغد.

أما في الخمسة الأولى: فلأنها من قبيل الإسقاطات فتتلاشى؛ لأن الساقط متلاشٍ، فيعقبه حكمه بلا فصل، فلا يتصور فيها صدور السبب أصالة عن شخص وثبوت حكمه لغيره، كما يتصور في النوع الأول؛ لأن حكمه يقبل الفصل عن

السبب؛ لأنه ليس بإسقاط حتى يتلاشى فيعقبه حكمه.. فجاز فيه أن يصدر السبب عن شخص أصالة ويقع الحكم لغيره.

ثم معنى الإسقاط في النكاح: أن الأصل في المرأة المالكية لكونها من بنات آدم، وبطريان ملك النكاح عليها سقطت مالكيتها، وصارت مملوكة الزوج، ولأن الأصل في الأبضاع الحرمة، وبطريان النكاح سقطت الحرمة وثبت الملك للزوج؛ لضرورة التمكن من الوطء.

وأما في الخلع: فإنه إسقاط للنكاح، سواء كان الوكيل من جانب المرأة أو من جانب الزوج.

وأما في الصلح عن إنكار: فإنه إسقاط محض لا يشوبه معاوضة أصلاً، بل فداء يمين في حقّ المدعى عليه وهو الموكل.

وكذا الصلح عن دم عمد: فإنه إسقاط محض أيضاً.

وأما في البواقي؛ أعني: الكتابة والعتق على مال... إلخ، فلأن الحكم فيها ثبت بالقبض، وإنه يلاقي محلاً مملوكاً للغير.. فلا يجعل الوكيل أصيلاً فيه، بل سفيراً ومعبراً محضاً، كذا في «الهداية» و«الزيلعي».

قال في «الخلاصة»: العقود على قسمين:

منها: ما لها حقوق تقبل الفصل عن الحكم؛ كالبياعات والأشرية والإجارات والصلح الجاري مجرى البيع.. فالوكيل فيها أصيل في الحقوق، حتى يطالب بالثمن ويقبض البيع ويرد بالعيب.

ومنها: ما لا يقبل الفصل عن الحكم؛ كالنكاح والصلح عن دم العمد والخلع والكتابة والعتق على مال والصلح عن إنكار.. فالوكيل فيه بمنزلة السفير لا يتعلق به شيء من الحقوق، حتى لا يطالب بتسليم البدل والمنكوحة.

وكذا الوكيل بالهبة والصدقة والإعارة والإيداع والرهن والاستعارة والارتهان

والاستيهاب.. لا يتعلق به الحقوق، بل الحكم والحقوق يتعلق بالموكل، وليس للوكيل بها أن يرجع ويرد شيئاً من ذلك إلى يده بعدما فعل ما أمر به، ولا أن يقبض الوديعة والعارية والرهن، ولا القرض ممن عليه.

وأما التوكيل بالاستقراض.. فلا يصح، ولا يثبت به الملك للموكل فيما استقرض الوكيل، إلا إذا بلَّغ على [٢٨٧/ب] سبيل الرسالة، فيقول: أرسلني فلان إليك يستقرض منك كذا، هكذا ذكره.

ثم قال في الفصل الخامس من الرسول في النكاح والطلاق والبيع والعتاق: إذا أخرج الكلام مخرج الوكالة بأن أضاف هذه التصرفات إلى نفسه فقال: تزوجت فلانة منك، طلقتك، أعتقتك، بعتك.. لا يجوز هذه التصرفات؛ لأنه رسول، والرسالة لا تتضمن معنى الوكالة؛ لأن الوكالة فوق الرسالة، والشيء لا يتضمن فوقه.

وإن أخرج مخرج الرسالة فقال: إنَّ فلاناً يقول: طلقت، بعت منك، تزوجت منك، أعتقتك.. جاز كله على المرسل.

والوكيل بالبيع إذا أخرج الكلام مخرج الرسالة.. لا ينفذ بيعه.

والوكيل بالطلاق والعتاق إذا أخرج الكلام مخرج الرسالة وقال: «إن فلاناً.. أن أطلق، أن أعتق»، ففعل ذلك.. ينفذ تصرفه على الموكل؛ لأن عهدة هذه التصرفات على الموكل على كل حال.

ولو أخرج الوكيل في النكاح والطلاق والعتاق الكلام مخرج الوكالة؛ بأن أضاف إلى نفسه.. صح إلا في النكاح.

والفرق بين الوكيل بالنكاح وبين الوكيل بالطلاق والعتاق [أنه في الطلاق] أضافه إلى الموكل معنى؛ لأنه يبتنى على ملك الرقبة، وأنه يكون للموكل في الطلاق والعتاق.

وأما في النكاح: فذمة الوكيل قابلة للمهر، حتى لو كان الوكيل من جانب المرأة

وأخرج الكلام مخرج الوكالة.. لا يصير مخالفاً؛ لأنه يصير مضافاً إلى المرأة معنى؛ لأن صحة النكاح باعتبار ملك البضع، والبضع ملك المرأة، فصار كأنه قال: ملكتك بضع موكلتي، بخلاف جانب الرجل. انتهى.

قوله: «أما التوكيل بالاستقراض لا يصحّ» عللوه بأنه أمر بالتصرف في مال الغير، وإنه لا يجوز.

وعورض بالتوكيل بالشراء؛ فإنه أمر بقبض المبيع وهو ملك الغير.

وأجيب: بأن محله هو الثمن في ذمة الموكل، وهو ملك الموكل.

وردَّ بأنه: لم لا يجوز أن يكون الاستقراض البدل في ذمة الموكل وهو ملك الموكل؟

وأجيب: بأن ذلك محل إيفاء القرض لا الاستقراض.

ونوقض: بالتوكيل بالاستعارة والاستيهاب؛ فإنه صحيح، مع أنه لا محل له سوى المستعار والموهوب له؛ إذ ليس ثمة بدل على المستعير والموهوب له حتى يجعل محلاً للتوكيل.

وأجيب: بأن المستعار والموهوب محلّ التوكيل بالإعارة والهبة لا الاستعارة والاستيهاب، وإنما محله فيهما: عبارة الموكل؛ فإنه يتصرف فيهما بجعلها موجبة للملك عند القبض بإقامة الموكل [٢٨٨/أ] مقام نفسه في ذلك.

قيل: فليكن في الاستقراض كذلك؟

وأجيب: بأنا اعتبرنا العبارة محلاً للتوكيل في الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفاً عن بدل يلزم في الذمة إذا لم يكن فيها بدل في الذمة؛ فلو اعتبرناها محلاً له في الاستقراض، وفيه بدل معتبر للإبقاء في الذمة.. لزم اجتماع الأصل والخلف في شخص واحد، من جهة عقد واحد، وهو لا يجوز.

فَلَا يُطَالَبُ وَكِيلُ الزَّوْجِ بِالْمهْرِ، وَلَا وَكِيلُ الْمَرْأَة بتسليمها، وَلَا بِبَدَلِ الْخُلْعِ.

وَلِلْمُشْتَرِي مِنعُ الثَّمنِ عَنِ الْمُوكِّلِ.

فَإِنْ دَفعه ....

قلت: هذا كله بناء على عدم جواز التوكيل بالاستقراض، وأما على جوازه.. فلا، وقد تقدم في أول هذا الكتاب جوازه، فارجع إليه.

وهل يجوز التوكيل باليمين بالطلاق؟

ففي آخر وكالة «البزازية»: قال لامرأة الغير: إن دخلت الدار فأنت طالق، فأجاز الزوج، فدخلت الدار.. طلقت، فدل هذا على أن التوكيل باليمين بالطلاق جائز. انتهى.

(**فلا يطالب وكيل الزوج**) بالنكاح (**بالمهر**)، هذا تفريع على عدم تعلق حقوق عقد النكاح بالوكيل.

وكذا قوله: (**ولا وكيل المرأة**)؛ أي: بنكاحها (**بتسليمها**) نفسها، (**ولا ببدل الخلع**)، وهذا لما تقدم: «أن الوكيل في هذه العقود سفير محض، فلا تتعلق به الحقوق».

(**وللمشتري**) من وكيل البيع (**منع الثمن عن الموكل**)؛ لأنه أجنبي عن العقد وحقوقه؛ لما تقدم في النوع الأول من العقود المذكورة: أن الحقوق راجعة إلى العاقد - وهو الوكيل - حتى إذا نهاه الوكيل عن المطالبة بالثمن.. صح نهيه، وإن نهاه الموكل.. لا يصحّ، إلا إن أذن له الوكيل.. فحينئذٍ يصح مطالبته بالثمن.

فكما أن للمشتري منع الثمن عن الموكل.. كذلك للوكيل منع المشتري عن إعطاء الثمن إلى الموكل.

وعلى التقديرين: لو دفع المشتري بالثمن - لأن نفس الثمن حق الموكل وقد وصل إليه، فلا فائدة في الاسترداد منه - تم الدفع إليه، وإليه أشار بقوله: (**فإن دفعه**)؛

إِلَيْهِ.. صَحَّ، وَلَا يُطَالِبهُ الْوَكِيلُ ثَانِياً.

وَإِن كَانَ لِلْمُشْتَرِي على الْمُوكِّل دينٌ.. وَقعتِ الْمُقَاصَّةُ بِهِ.

وَكَذَا إِنْ كَانَ لَهُ على الْوَكِيلِ دينٌ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

أي: المشتري من الوكيل (**إليه**)؛ أي: إلى الموكل (.. **صحّ، ولا يطالبه**)؛ أي: المشتري (**الوكيل ثانياً**) لما ذكرناه: «أن الثمن حق الموكل وقد وصل إليه، فلا فائدة في الاسترداد ثَمَّ الرد إليه».

وهذا في غير الصرف.

وأما في الصرف.. فقبض الموكل لا يصح؛ لأن جوازه إنما يكون بالقبض؛ لأن القبض في الصرف بمنزلة الإيجاب والقبول، ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل.. لم يجز، فكذا إذا ثبت له حق القبض.

واعلم: أن قوله: «وللمشتري من الثمن... إلى قوله: فإن دفعه إليه.. صحّ» من تفريعات النوع الأول من العقود المذكورة. تأمل.

(**وإن كان للمشتري على الموكل دين.. وقعت المقاصة به**)؛ أي: بمجرد عقد الوكيل [٢٢٨/ب] ، وهذا لأنه قد وصل إليه حقّه بمجرد قبض المبيع من الوكيل.

(**وكذا**)؛ أي: وقعت المقاصّة (**إن كان له**)؛ أي: للمشتري (**على الوكيل دين**) هذا عندهما.

(**خلافاً لأبي يوسف**)، وهذا الاختلاف بناء على جواز إبراء الوكيل بالبيع المشتري عن الثمن؛ فعندهما: يجوز إبراؤه، فكذا تقع المقاصة بدينه.

وعنده: لا يجوز، فلا تقع المقاصة.

ووجه البناء: أن المقاصة إبراء بعوض، فيعتبر بالإبراء بغير عوض.

وجه أبي يوسف: أن الثمن الذي في ذمة المشتري ملك الموكل، وإبراء الوكيل تصرف فيه على خلاف أمره.. فلا ينفذ؛ كما لو قبض الثمن، ثم وهبه للمشتري.. فإنه لا يجوز.

وَيضمَنُهُ الْوَكِيلُ لِلْمُوكِّلِ.

وَإِن كَانَ دينُهُ عَلَيْهِمَا.. فالمقاصَّةُ بدينِ الْمُوكلِ دونَ الْوَكِيلِ.

ولهما: أن الإبراء إسقاط لحق القبض، والقبض خالص حق الوكيل، فيملكه.

(**ويضمنه**)؛ أي: يضمن (**الوكيل**) الثمن في المقاصة والإبراء (**للموكل**) إحياءً لحقه؛ لأنه قضى دينه بمال الموكل؛ كالراهن إذا أعتق المرهون.. ينفذ عتقه ويضمن للمرتهن.

(**وإن كان دينه**)؛ أي: المشتري (**عليهما**)؛ أي على الموكل والوكيل (.. **فالمقاصة بدين الموكل**) فقط (**دون الوكيل**)؛ لأن الثمن حق الموكل لا الوكيل على رأي أبي يوسف، فتقع المقاصة بحق صاحب الحق.

وأما على رأيهما: فلقصر المسافة فيه؛ فإنه إذا وقع المقاصة بدين الموكل.. لا يحتاج إلى قضاء آخر كما احتاج فيما وقع بدين الوكيل، كذا في «البزازية».

* * *

(بَابُ الوكَالَةِ بِالبيعِ وَالشِّرَاءِ)

لَا يَصحُّ التَّوْكِيلُ بشرَاءِ شَيْءٍ يَشْمَلُ أَجناساً؛ ....

(بَابُ الوَكَالَةِ بِالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ)

وما ينبغي أن يعلم في هذا الباب:

١- أن كل شيئين تتحد حقيقتهما ومقاصدهما.. فهما من جنس واحد، وإن اختلفت الحقيقة أو المقاصد.. فهما من جنسين.

٢- وأن **المراد بالجنس** عندهم: ما اشتمل أصنافاً، **وبالنوع**: هو الصنف، لا ما اصطلح عليه أهل الميزان، **والصنف**: هو النوع المقيد بقيد عرضي على ما اصطلح عليه أهل الميزان في الصنف.

٣- وأن الجهالة ثلاثة أنواع:

الأولى: فاحشة، وهي: الجهالة في الجنس، فتمنع صحة الوكالة؛ سواء بين الثمن أو لم يبين؛ كالوكالة بشراء رقيق أو دار أو ثوب أو دابة.

والثانية: جهالة يسيرة، وهي: ما كانت في النوع المحض؛ كالوكالة بشراء فرس أو ثوب هروي أو مروي أو هندي، أو حمار أو بغل، أو دار بثمن كذا في محلة كذا.. فإنها تجوز الوكالة بها وإن لم يبين الثمن؛ لما صح أن رسول الله ﷺ وكّل حكيم بن حزام بشراء شاة للأضحية، وهو حجة على بشر المريسي في القول بعدم جواز هذا النوع أيضاً.

والثالثة: جهالة متوسطة بين هذين النوعين؛ كالوكالة بشراء عبد أو جارية؛ فإن بين [٢٨٩/أ] الثمن أو النوع؛ بأن قال: عبداً تركياً أو حبشياً أو رومياً.. جاز، وإلا.. فلا؛ إذ ببيان واحد منهما.. يحصل المعرفة، وما بقي من الجهالة يسيرة فتجوز.

إذا عرفت هذا.. فاعلم أنه: (**لا يصح التوكيل بشراء شيء يشمل**) ذلك الشيء (**أجناساً**) مختلفة.

كالرَّقيقِ، وَالثَّوْبِ، وَالدَّابَّةِ.

أَو مَا هُوَ كالأجناسِ كَالدَّارِ وإِنْ بَيّنَ الثّمنَ.

فَإِن سمّى نوعَ الثَّوْبِ كالهرويِّ.. جَازَ.

وَكَذَا إِنْ سمَّى نوعَ الدَّابَّةِ كالفرسِ والبغلِ، أَو بَيَّنَ ثمنَ الدَّارِ، أَو الْمحلةَ،

(كالرقيق)؛ فإنه ينتظم الذكور والإناث، وهما جنسان مختلفان؛ لاختلاف مقاصدهما.

(والثوب)؛ فإنه ينتظم أجناساً من الأطلس إلى الكساء.

(والدابة)؛ فإنها تنتظم: الفرس والبغل والحمار وغيرها من الأجناس المختلفة الحقيقة.

واعلم: أن في لفظ: «الثوب والدابة» تفصيلاً بين المعرَّف منها وبين المنكَّر... سيأتي ذكره نقلاً عن «البزازية».

(أو) يشتمل ذلك الشيء (ما هو كالأجناس؛ كالدار)؛ لأن الدور تختلف اختلافاً فاحشاً باختلاف الأغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان، فشمل ما هو في معنى الأجناس.

(وإن) وصلية (بين الثمن)؛ لأن الجهالة فيها فاحشة فتمنع عن ائتمار الوكيل لما أمر به، وببيان الثمن وحده: لا تزول تلك الجهالة، ما لم يبين الجنس؛ لأن بذلك الثمن يوجد من كل جنس، ولا يدرى مراد الآمر.

(فإن) بيّن (سمى نوع الثوب كالهرويّ.. جاز)؛ لأن الجهالة يسيرة ومبنى التوكيل على التوسعة، وفي اشتراط عدم الجهالة اليسيرة حرج بيّن، وقد بيّنا ما صحّ فيه.

(وكذا إن سمّى نوع الدابة كالفرس والبغل)؛ أي: جاز وإن لم يبين الثمن.

(أو بين ثمن الدار والمحلة)؛ لأن مجرد بيان الثمن لا يحصل المعرفة بدون ذكر المحلة على ما اختاره المتأخرون.

أَو بَيَّنَ جنسَ الرَّقِيقِ كَالْعَبْدِ، ونوعَهُ كالتركيِّ، أَو ثمناً يعيّنُ نوعاً، أَو عمّمَ فَقَالَ: ابتع لي ما رأَيتَ.

(أو بين جنس الرقيق كالعبد) أو الجارية.

(ونوعه كالتركي) والحبشي والهندي ونحوهما.

(أو ثمناً يعين نوعاً) يعني: لا بد في بيان الجنس من ذكر النوع أو الثمن؛ لأن بذكر الثمن يعلم من أيّ نوع يريد، وبذكر النوع يعلم ثمنه.. فتزول الجهالة الفاحشة.

(أو عمّم) الوكالة (فقال: ابتع لي ما رأيت).

واعلم: أن الوكالة على نوعين: خاصة وعامة.

فالخاصة: لا تجوز مع الجهالة الكثيرة بدون بيان ما يزيل الجهالة، وهي ما أشار إليه بقوله: «فإن بين نوع الثوب... إلى قوله: أو ثمناً يعين نوعاً».

والعامة: جائزة مع الجهالة الكثيرة؛ لأنه فوّض الرأي إلى الوكيل، فصار بمنزلة البضاعة، وهي ما أشار إليه بقوله: «أو عممّ فقال: ... إلى آخره».

ثم اعلم: أن المصنف مثل نوع الدابة بالفرس والبغل ولم يذكر الشاة والحمار والبقرة؛ لأنهم اختلفوا في:

الشاة: منهم: من جعلها من قسم الجهالة اليسيرة كالفرس والبغل، ومنهم: من جعلها من قسم [٢٨٩/ب] الجهالة المتوسطة.

وأما الحمار والبقر.. فجعلهم ما تعرف الصفة فيهما بحال الموكل، قال في «البزازية»: والجهالة اليسيرة: كجهالة النوع؛ كشاة وفرس وثوب هروي.. تصحّ الوكالة فيها؛ بيّن الثمن أو لا.

وجعل في «التجريد» الشاة من القسم الثالث؛ أي: المتوسط.

وفي الحمار: تصير الصفة معلومة بحال الموكل.

وكذا البقر؛ فلو كان الموكل [فاليزياً] فاشترى له حماراً مصرياً أو كان الموكل واحداً من العوام فاشترى له فرساً يليق بالملوك.. يلزم المأمور. انتهى ما في «البزازية».

وَلَو وَكَّلهُ بشرَاءِ الطَّعَامِ.. فَهُوَ على الْبُرِّ ودقيقِهِ.

وَقيل: على الْبُرِّ فِي كثيرِ الدَّرَاهِمِ، وعَلى الْخبزِ فِي قليلِها، وعَلى الدَّقِيقِ فِي وَسطهَا، وَفِي متخذِ الْوَلِيمَةِ: على الْخبزِ بِكُلِّ حَالٍ.

(**ولو وكله بشراء الطعام.. فهو**) محمول (**على البر ودقيقه**) استحساناً؛ فإن العرف في شراء الطعام يقع على الحنطة ودقيقها.

قالوا: هذا في عرف أهل الكوفة، وفي عرف غيرهم: ينصرف إلى كلّ مطعوم، وهو القياس؛ اعتباراً للحقيقة؛ إذ الطعام اسم لما يؤكل؛ كما إذا حلف: «لا يأكل طعاماً».

وقال مشايخ ما وراء النهر: الطعام في عرف ديارنا: ما يمكن أكله من غير إدام؛ كاللحم المطبوخ والمشوي ونحوهما، لا الحنطة والدقيق والخبز.

وفي «البحر» نقلاً عن «الذخيرة»: وعليه الفتوى.

(**وقيل: على البر في كثير الدراهم، وعلى الخبز في قليلها، وعلى الدقيق في وسطها**)، وهو قول أبي جعفر الهندواني.

(**وفي متخذ الوليمة: على الخبز بكل حال**)؛ أي: في قليلها وكثيرها.

قال في «البزازية»: إذا دفع إليه دراهم وقال: اشتر بها طعاماً، فاشترى لحماً أو فاكهة.. يصح في القياس.

وفي الاستحسان: لا؛ لأنه محمول على البر عرفاً في باب الوكالة.

بخلاف الوصية؛ فإنه إذا أوصى بالطعام.. دخل كل مطعوم؛ فقد فرق بين الوكالة والوصية في العرف.

وعلم فيه أيضاً: أنه لا فرق بين المعرف والمنكر في الطعام؛ يعني: لو قال اشتر بها الطعام أو طعاماً.. فلا فرق بينهما في الحكم.

بخلاف الثوب؛ فإنهم فرّقوا فيه بين المعرف والمنكر.

وَصَحَّ التَّوْكِيلُ بشرَاءِ عينٍ بدينٍ لَهُ على الْوَكِيلِ.

وكذا في لفظ «الشيء»، قال في «البزازية»: دفع إليه دراهم، وقال اشتر بها شيئاً.. لا يصحّ.

ولو قال: «على ما تحبّ وترضى».. جاز.

بخلاف البضاعة والمضاربة لو أمره بشراء ثوب.. لا يصح، وبشراء أي ثوب شئت.. يصح.

وفي البضاعة: لو أمره بشراء ثوب أو ثياب أو الثياب.. صح.

وبشراء أثواب.. لا يصح.

دفع إليه ألفاً وقال: اشتر لي بها الدواب أو لم يدفعه.. يصح.

ولو قال: خذ هذه الألف واشتر بها الأشياء.. جاز وإن لم يسمّ بضاعة أو مضاربة؛ لأنه أدخل اللام ولم يرد المعهود لعدمه، ولا كلّ الجنس لاستحالته.. علم أنه أراد به [٢٩٠/أ] ما تيسّر له من ذلك الجنس، حتى لو لم تدخل اللام.. لم يصحّ؛ كقوله: ثوباً أو دابة، بل أولى؛ لأن الشيء أعم، فكانت الجهالة أفحش، ولم يوجد منه ما يدل على تفويض الأمر إليه، بخلاف ما تقدم.

ولو قال: اشتر لي الأثواب.. لم يذكره محمد؛ قيل: يجوز، وقيل: لا يجوز.

ولو قال: أثواباً.. لا يجوز.

ولو قال: ثياباً أو الدواب، أو الثياب أو دواباً.. يجوز وإن لم يقدر الثمن. انتهى.

وهذا بناء على عدم العرف في الثياب والدواب كما كان في الطعام.

(**وصحّ التوكيل بشراء عين**)؛ أي: شيء معين (**بدين له**)؛ أي: للموكل (**على الوكيل**)، ويكون ما اشتراه الوكيل للموكل، سواء قبضه من الوكيل، أو مات قبل القبض عن الوكيل؛ لأن في تعيين المبيع تعيين البائع، ولو عين البائع.. جاز بالاتفاق.

هكذا هذا.

وَفِي غيرِ الْعينِ؛ إِن هلَك فِي يَد الْوَكِيل.. فَعَلَيهِ، وَإِن قبضَهُ الْمُوكِّلُ.. فَهُوَ لَهُ.

وَقَالا: هُوَ لَازمٌ للْمُوكِّلِ أَيْضاً.

وهلاكُهُ عَلَيْهِ إِذا قَبضَهُ الْوَكِيلُ.

(**وفي غير العيّن؛ إن هلك**) ما اشتراه (**في يد الوكيل.. فعليه**)؛ أي: على الوكيل.

(**وإن قبضه الموكل.. فهو له**) هذا عند أبي حنيفة.

(**وقالا: هو**)؛ أي: غير المعين (**لازم للموكل أيضاً**)؛ أي: مثل المعين.

(**وهلاكه**) عند الوكيل (**عليه**)؛ أي: على الموكل (**إذا قبضه الوكيل**) من البائع.

الظاهر: أنه قيد لكلّ من قوله: «لازم للموكل» ومن قوله: «وهلاكه عليه».

لهما: أن الدراهم والدنانير لا تتعينان في المعاوضات؛ ديناً كان أو عيناً، ألا ترى: أنهما لو تبايعا عيناً بدين، ثم تصادقا أن لا دين عليه.. لا يبطل العقد، ولو تعين.. لبطل، وإذا لم يتعين بالتعيين.. كان الإطلاق والتعيين بالتقييد فيه، فصح التوكيل.

ويلزم الآمر على التقديرين؛ لأن يد الوكيل كيده، فصار كما لو قال: تصدق بما لي عليك على المساكين، أو قال لمستأجره: اصرف الأجرة الواجبة عليك إلى عمارة داري.. فإنه يجوز ويكون على الآمر.

ولأبي حنيفة: أن النقدين يتعينان في الوكالات؛ فلو كان هلاكه على الموكل.. كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله بالقبض وهو البائع، أو كان أمراً يدفع ما لا يملكه إلا بالقبض قبل القبض، وكلاهما لا يجوز.

أما الأول: فلعدم قدرته على التسليم.

وأما الثاني: فلأن الديون تقضى بأمثالها؛ فكان ما أدّى المديون ملكه، ولا يملكه الدائن قبل القبض، والآمر: يدفع ما ليس يملكه، بخلاف ما إذا عيّن البائع؛ فإن التوكيل حينئذ صحيح لازم للموكل؛ لأنه حينئذ يجعل البائع أولاً وكيلاً عنه في

قبض ما على الوكيل من الدين، ثم يتملكه، وهذا ليس بتمليك من غير من عليه الدين، ولا أمراً بصرف ما لم يقبضه.

هذا، واستدلوا على أن النقدين يتعينان في الوكالات: بمسألتين:

إحداهما: أنه لو قيّد الوكالة بالعين [٢٩٠/ب] منهما أو بالدين منهما، ثم استهلك العين أو أسقط الدين.. بطلت الوكالة.

الثانية: أن الوكيل بالشراء إذا قبض الدراهم أو الدنانير من الموكل وقد أمره أن يشتري بها طعاماً فاشترى بدراهم أو دنانير غيرهما، ثم نقد دنانير الموكل أو دراهمه.. فالطعام للوكيل، وهو ضامن لدراهم الموكل ودنانيره، على ما نقل في «العناية» عن الناطفي، وهكذا ذكره في «البزازية» أيضاً.

ويملك الضمان بالتعدي، وهاتان المسألتان تدلان على أن النقدين يتعينان بالتعيين في الوكالة.

والأولى تدل عليه مطلقاً.

والثانية تدل عليه بعد القبض.

وقال في «العناية» نقلاً عن «زيادات محمد»: رجل قال لغيره: اشتر لي بهذا الألف الدراهم جارية وأراه الدراهم، فلم يسلمها إلى الوكيل حتى سرقت الدراهم، ثم اشترى الوكيل جارية بألف درهم.. لزم الموكل، وهذا يدل على أنهما لا يتعينان في الوكالة قبل قبض الوكيل، وإلا.. لم تلزم الجارية على الموكل.

ثم قال نقلاً عن «الذخيرة»: والأصل: أن الدراهم والدنانير لا تتعينان في الوكالات قبل التسليم بلا خلاف؛ لأن الوكالات وسيلة إلى الشراء فيعتبر بنفس الشراء، والدراهم والدنانير لا تتعينان في الشراء قبل التسليم، فكذا فيما هو وسيلة إلى الشراء.

وعَلى هَذَا: إِذا أَمَره أَن يسلّمَ مَا عَلَيْهِ أَو يصَرفهُ.

وَلَو وكَّلَ عبداً ليَشْتَرِيَ نَفسَه لَهُ من سَيِّدِهِ؛ ....

وأما بعد التسليم إلى الوكيل.. اختلف فيه المشايخ؛ قال بعضهم: يتعيّن لما ذكرنا، وعامتهم: على أنها لا تتعين.

قال في «البزازية»: النقود في الوكالة قبل التسليم إلى الوكيل لا تتعين، وبعد التسليم إليه؛ قيل: تتعين، حتى بطلت بالهلاك.

وقال أكثر المشايخ: لا تتعين، ولا تبطل بهلاكها.

وفي الشركة والمضاربة والهبة تتعين بكل حال. انتهى.

وفي قوله: «بالهلاك» إشارة إلى ردّ ما في «النهاية» من أن بطلان الوكالة مخصوص بصورة استهلاك الوكيل، ولا تبطل بالهلاك.

وما ذكر في «البزازية» موافق لما في شروح «الجامع الصغير»؛ حيث قالوا: لو هلكت الدراهم المسلمة إلى الوكيل بالشراء.. بطلت الوكالة، وهكذا ذكره في «الخلاصة» عن «الزيادات».

(**وعلى هذا**) الخلاف (**إذا أمره**)؛ أي: أمر الدائن المديون (**أن يسلم ما عليه**) من الدين (**أو يصرفه**)؛ فإن عين المسلم إليه ومن يعقد به عقد الصرف؛ بأن يقول للمديون: أسلم ما لي عليك من الدين في كرّ حنطة إلى فلان بعينه ففعل.. جاز بالاتفاق على الآمر.

وإن لم يعين؛ بأن يقول له: أسلم ما لي عليك في كرّ حنطة ولم يقل إلى فلان فأسلم.. فهو على الخلاف الذي تقدم بينه وبين صاحبيه.

وكذا الحال في الصرف.

بخلاف ما لو أمره بالتصدق أو بالإنفاق على داره المستأجرة [٢٩١/أ] للمديون.. فإنه يجوز على الآمر مطلقاً، على ما تقدم ذكره.

(**ولو وكل عبداً ليشتري نفسه له**)؛ أي: للموكل (**من سيده**).. فهو على ثلاثة أوجه:

فَإِن قَالَ: بِعني نَفسِي لِفُلَانٍ، فَبَاعَ.. فَهُوَ لَهُ، ....

إما أن يضيف العقد إلى موكله، أو إلى نفسه، أو أطلق.

فأشار إلى الوجه الأول بقوله:

١- (**فإن قال**)؛ أي: العبد لمولاه: (**بعني نفسي**) بكذا (**لفلان، فباع**) المولى بذلك الثمن (.. **فهو**) أي: العقد أو العبد (**له**)؛ أي: للموكل؛ لأن العبد يصلح وكيلاً عن غيره في شراء في نفسه؛ لأنه أجنبي عن مالية نفسه؛ لأنها للمولى، وله عبارة ملزمة كالحرّ، والعقد إنما يرد عليه من حيث إنه مال، فصار توكيله بشرائها كتوكيله بغيره من أموال الناس، وكتوكيل أجنبي بشراء نفسه؛ فإذا صحّ توكيله وأضاف العقد إلى الموكل.. يقع عن الموكل - على ما هو قضية الوكالة - والثمن على العبد؛ لأنه هو المباشر.

فإن قيل: لو كان العبد أجنبياً عن مالية نفسه.. لكان للمولى حق الحبس لاستيفاء الثمن إذا باعه من نفسه لموكله؛ لأن للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن، وليس للمولى ذلك.

قلنا: إن العبد وإن كان أجنبياً عن مالية نفسه، إلا أن ماليته بيده؛ لكونها مسلّمة إليه، فلم يكن للمولى حق الاحتباس لاستيفاء الثمن، كما أنه ليس للبائع حق احتباس المبيع بعد تسليمه إلى المشتري لاستيفاء الثمن؛ ألا ترى أن المودع إذا اشترى الوديعة التي كانت عنده.. لم يكن للبائع احتباسها لاستيفاء الثمن؛ لكونها في يد المودع مسلمة إليه.

والمصنف أشار بقوله: «فباع، فهو له» إلى:

- أن العقد يتم بمجرد قول البائع بعت بدون القبول من العبد، على ما دلّ عليه ظاهر «الهداية» أيضاً.

لكنه نقل في «العناية» عن «الجامع»: أن إضافة العقد إلى الموكل إنما تفيد الملك للموكل إذا وجد الإيجاب من المولى والقبول من العبد، حتى لو قال العبد:

وَإِن لم يقلْ لفُلَان.. عتقَ.

بعني نفسي من فلان، فقال: بعت.. لا يتم العقد حتى يقول العبد: قبلت؛ بناء على أن الواحد لا يتولى طرفي البيع.

بخلاف ما إذا اشترى لنفسه على ما سيأتي؛ فإنه إعتاق على مال، والواحد يتولى طرفي الإعتاق، فيتم بقول المولى: «بعت» بعد قول العبد: «بعني نفسي».

• وإلى أن وقوعه للموكل أعمّ من وقوعه له بطريق الانتقال؛ - كما هو مذهب الكرخي - أو ابتداء كما هو مذهب أبي طاهر؛ فإن ثبوت الملك للموكل بالشراء مختلف فيه، كما صرح به في «البزازية»؛ حيث قال: وقال الكرخي: يثبت الملك للوكيل ابتداء، ثم ينتقل إلى الموكل، وقال أبو طاهر: يثبت للموكل ابتداء، وهو الأصح.

ولهذا لو كان المشترى منكوحة الوكيل أو قريبه.. لا يفسد نكاحه، ولا يعتق عليه.

وقال القاضي أبو زيد: الوكيل [٢٩١/ب] ثابت في حق الحكم أصيل في الحقوق، فوافق الكرخي في الحقوق وأبا طاهر في حقّ الحكم، وهذا حسن. انتهى.

ثم أشار إلى الوجه الثاني والثالث بقوله:

٢+٣- (**وإن لم يقل لفلان**)، بل قال بعني نفسي مني بكذا.. وهو الوجه الثاني، أو قال: بعني نفسي بكذا بلا زيادة مني.. وهو الوجه الثالث؛ ففي الصورتين إذا قال المولى: بعت (.. **عتق**) على مال مقدّر بمجرد بعت؛ لأنه إعتاق دون بيع، وقد رضي به المولى.

فإن قيل: العبد وكيل بشراء شيء بعينه، فكيف جاز له أن يشتري لنفسه، بل واقع عن الأمر وإن لم يضف إليه؟

قلنا: نعم، إلا أن الوكيل أتى بجنس آخر من التصرف، وهو العتق على مال، فكان مخالفاً.. فينفذ عليه.

وإِنْ وكَّلَ العَبْدُ غَيرَهُ ليشتريَهُ مِن سَيّدِهِ؛ فإِنْ قَالَ الْوَكِيل للسَّيِّد.. اشْتَرَيْتُهُ لنَفسِهِ فَبَاعَ.. عتق على السَّيِّد، ....

فإن قيل: اللفظ حقيقة في البيع، فهلا يمكن العمل بها حتى يصرف إلى المجاز.

قلنا: إن حقيقته متعذرة ههنا؛ حيث أضاف العقد إلى نفسه، وحقيقة البيع بالنسبة إلى نفسه غير متصور، فيكون عتقاً.

فإن قيل: هذا ظاهر في الوجه الثاني، وأما في الوجه الثالث.. فلا.

قلنا: إن المطلق يحتمل الامتثال وغيره، فلا يجعل امتثالاً بالشك.. فيبقى التصرف واقعاً لنفسه؛ لأن الأصل في التصرفات: أن تقع للمباشرة فيقع عتقاً لا بيعاً؛ لما تقدم: أن حقيقة البيع متعذر.

(**وإن وكّل العبد غيره ليشتريه من سيّده**) بألف مثلاً ودفعها إلى الوكيل، وهذا عكس المسألة الأولى؛ (**فإن قال الوكيل للسيد: اشتريته لنفسه فباع**)؛ أي: إن قال الوكيل وقت الشراء للسيد: أنا أشتري عبدك لنفسه بكذا، فباعه المولى (.. **عتق**) العبد (**على السيد**)؛ لأن بيع العبد من نفسه إعتاق له على مال، وهو يتوقف على قبول المعتق، وقد وجد ذلك منه؛ لأن شراء العبد نفسه قبول منه للعتق ببدل، والمأمور سفير محض؛ حيث أضاف العقد إلى موكله - وهو العبد - والحقوق لم ترجع إليه؛ لكونه سفيراً، فصار كأن العبد اشترى نفسه بنفسه.

وهل يجب على العبد ألف أخرى سوى ما دفعه إلى الوكيل؟

ففي «النهاية» و«العناية»: قال الإمام قاضي خان في «الجامع الصغير»: وفيما إذا بيّن الوكيل للمولى أنه يشتريه للعبد، هل يجب على العبد ألف أخرى؟

لم يذكر ذلك في الكتاب، وينبغي أن يجب؛ لأن الأول مال المولى، فلا يصلح بدلاً عن ملكه.

وَوَلَاؤُهُ لَهُ.

وَإِن لم يقلْ: «لنَفسِهِ».. فَهُوَ للْوَكِيل، وَعَلِيهِ ثمنُهُ، وَمَا أعطَاهُ العَبْدُ لأجلِ الثّمنِ للْمولى.

قالا: وفي كلام صاحب «الهداية» ما يشير إليه أيضاً؛ فإنه جعل شراء نفسه قبوله الإعتاق ببدل، فلو لم تجب عليه أخرى.. كان إعتاقاً بلا بدل.

قلت: فعلى هذا: كلام المصنف خالٍ عن هذه الإشارة؛ لأنه لم يقيد العتق ببدل.

(**وولاؤه له**)؛ أي: للسيد؛ لأنه إذا كان إعتاقاً.. أعقب الولاء للمعتق وهو السيد [٢٩٢/أ].

(**وإن لم يقل**) الوكيل وقت الشراء: الشراء (**لنفسه**)، بل أطلقه بأن قال: اشتريته (.. **فهو**)؛ أي: العقد أو العبد (**للوكيل**)؛ لأن اللفظ حقيقة في البيع، فيحافظ عليها ما أمكن، وقد أمكن عند الإطلاق عن البيان بذكر بنفسه.

فإن قيل: لا نسلم أنها ممكنة؛ لأنه توكيل بشراء شيء بعينه، فليس للوكيل أن يشتريه لنفسه.

فالجواب عنه: ما ذكرناه؛ وهو أن الوكيل أتى بجنس آخر من العقد وهو العتق على مال، فكان مخالفاً للأمر.. فينفذ عليه.

(**وعليه**)؛ أي: على الوكيل (**ثمنه**)؛ أي: ثمن العبد؛ لأن الغرم بالغنم، (**وما أعطاه العبد**) وقت التوكيل (**لأجل الثمن للمولى**)؛ لأنه ملكه؛ لأنه كسب عبده، وهذا يدل على ما ذكرناه آنفاً من «الجامع الصغير» لقاضي خان من أنه ينبغي أن يجب على العبد ألف آخر، وهذا التفصيل إنما هو في توكيل العبد غيره لشراء نفسه من مولاه.

وأما لو وكل أجنبي أجنبياً بشراء العبد من مولاه.. فلا فرق أن يقول الوكيل: أنا أشتري عبدك لموكلي أو لم يقل ذلك بل أطلقه، أو أضافه إلى نفسه في أن يقع العقد للموكل؛ لأن العقد ههنا من نوع واحدا - أعني: المبايعة - وفي الأحوال الثلاثة

وَإِذا قَالَ الْوَكِيلُ لمن وَكَّلَه بشرَاءِ عبدٍ: اشْتريتُ لَك عبداً فَمَاتَ، وَقَالَ الْمُوكِّلُ: اشْتَرَيْتَهُ لنَفسِكَ.. فَالْقَوْلُ للْمُوكِّلِ إِن لَم يكنْ دفعَ الثّمنَ، وإِلّا.. فللوكيل.

تتوجه المطالبة نحو العاقد، فلا حاجة إلى البيان، بخلاف مسألة الكتاب؛ فإن أحدهما إعتاق يعقب الولاء، ولا مطالبة فيه على الوكيل؛ لكونه سفيراً محضاً فلا بد من البيان.

(وإذا قال الوكيل لمن وكله بشراء عبد) مثلاً: **(اشتريت لك عبداً فمات)** عندي، **(وقال الموكل: اشتريته لنفسك.. فالقول للموكل إن لم يكن)** الموكل **(دفع الثمن)** إلى الوكيل، **(وإلا.. فللوكيل)**.

إذا وكّل رجلاً بشراء عبد بألف، فقال الوكيل: قد فعلت، وأنكره الموكل، فلا يخلو: إما أن يكون التوكيل بشراء عبد معين، أو غير معين.

وعلى التقديرين: إما أن يكون العبد حياً، أو ميتاً عند اختلافهما.

وعلى التقديرين: إما أن يكون الثمن منقوداً إليه، أو لا.. فالأقسام ثمانية.

فإن كان العبد غير معيّن وهو ميت والثمن غير منقود.. فالقول للآمر؛ لأن المأمور أخبر عمّا لا يملك استئناف سببه وهو الرجوع بالثمن على الأمر؛ لأن قوله «فعلت ومات عندي» الإخبار عن الرجوع بالثمن عليه، وهو لا يقدر على استئناف سببه - وهو العقد - لكون المحل ميتاً، والموكل منكر.. فالقول له.

وإن كان الثمن منقوداً.. فالقول للوكيل؛ لأنه أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة وهما مسألتا المتن.

وإن كان حياً والثمن منقوداً.. فالقول للوكيل أيضاً؛ لأنه أمين.

وإن لم يكن منقوداً.. فكذلك عند [٢٩٢/ب] أبي يوسف ومحمد؛ لأنه يملك استئناف الشراء لكون المحل حياً، فلا يتهم في الإخبار، وعند أبي حنيفة: القول

وللوكيل: **طلبُ الثّمنِ من الْمُوكِّلِ وإِنْ لم يَدْفَعْهُ إِلَى البَائِعِ،** ....

للآمر؛ لأنه موضع تهمة بأن يشتريه لنفسه، ثم وجد العقد خاسراً فأراد أن يلزمه للآمر.

وإن كان معيناً حياً.. فالقول للمأمور؛ سواء كان الثمن منقوداً أو لا بالاتفاق؛ لتملكه الاستئناف عندهما، ولعدم التهمة عنده؛ لأن الوكيل بشراء معين لا يملك الشراء لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبة الموكل.

وإن كان ميتاً والثمن منقود.. فالقول للمأمور؛ لكونه أميناً.

وإن كان غير منقود فللآمر؛ لأنه أخبر عمّا لا يملك الاستئناف بسببه على ما مر، وكلام المصنف يشمل هاتين الصورتين أيضاً.

(**وللوكيل**) بالشراء (**طلب الثمن من الموكل**) إذا فعل ما أمر به؛ أعني: الاشتراء (**وإن**) وصلية (**لم يدفعه**)؛ أي: الثمن (**إلى البائع**)؛ لأن بينهما مبادلة حكمية؛ كأن الوكيل باعه من الموكل، والموكل اشتراه منه، فكما أن للبائع حقيقة طلب الثمن من المشتري قبل دفع المبيع إليه وبعده.. فكذلك للبائع الحكمي أن يطلب الثمن من المشتري قبل الدفع وبعده.

نعم، لو كان طلب الثمن من الموكل وحبس المبيع عنه لأجل دفع الثمن إلى البائع.. لم يكن له الطلب من الموكل قبل الدفع ولكنه ليس كذلك، بل لأجل أن بينهما مبادلة حكمية، وهذا المعنى لا يختلف بين ما إذا نقد الثمن إلى البائع أو لم ينقده، ولأن المبيع قد سلم للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولأنه لو لم يرجع عليه بما دفعه.. لكان متبرعاً فيه، والشخص إنما يكون متبرعاً إذا كان الدفع بغير إذن من غير يد الرجوع عليه، والإذن ثابت ههنا دلالة؛ لأن الموكل لما علم أن الحقوق ترجع إلى الوكيل ومن جملتها الدفع.. علم أنه مطالب بالدفع لقبض المبيع، فكان راضياً بذلك آمراً به دلالة.

والدليل على أن بينهما مبادلة حكمية: أن الموكل لو وجد في المبيع عيباً.. يرده على الوكيل، ولو اختلفا في قدر الثمن.. تحالفا.

فإن قيل: إن كلاً من الرد والتحالف فرع المبادلة، فكيف يكون دليلاً عليها؟

أجيب: بأن الفرع المختص بأصل: يكون وجوده دليلاً على وجوه أصله.. فلا امتناع في كونه دليلاً، وإنما الممتنع كونه علة لأصله.

وقال في وكالة «التاتارخانية»: وللوكيل بالشراء أن يرجع على الموكل بالثمن قبل أن يؤدي الثمن من مال نفسه، وهكذا ذكر في «الزيلعي» و«العناية».

وقال في «الأشباه»: الوكيل بالشراء إذا دفع الثمن من ماله.. فإنه يرجع على موكله بذلك الثمن، إلا فيما إذا ادّعى الدفع وصدقه الموكل وكذبه [٢٩٣/أ] البائع، فلا رجوع كما في كفالة «الخانية»، وهكذا ذكره في «البحر» نقلاً عن «الخانية» أيضاً.

أقول: فيه نظر؛ لأنه لما جاز للوكيل بالشراء أن يرجع على الموكل بالثمن قبل دفعه إلى البائع على ما صرح به في «الخانية» و«الزيلعي» و«العناية» وغيرها من الكتب وهو مسألة الكتاب، وكانت الحقوق راجعة إلى الوكيل ههنا.. لم يكن لتكذيب البائع أثر في منع رجوع الوكيل عن موكله، وإنما الاستثناء الذي نقله عن كفالة «الخانية» في مسألتي الكفالة والتوكيل بقضاء الدين، لا في مسألة التوكيل بالشراء.

والفرق بين الكفالة والوكالة بقضاء الدين، والوكالة بالشراء: ظاهر؛ **أما بين الكفالة والوكالة..** فلأن الكفيل إنما يرجع على المكفول عنه بحكم الأداء، حتى لا يرجع عليه قبل الأداء؛ لأنها ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة لا في الدين، فلا يملك الرجوع بالدين إلا بأن ملك الدين، ولا يملكه إلا بالدفع أو بهبة الدين على ما صرح به في «البزازية» وغيرها.

والوكيل إنما يرجع على الموكل بحكم المبادلة الحكمية الجارية بينه وبين الموكل، لا بالدفع، على ما تقدم آنفاً، وبه صرح في «البزازية» و«الزيلعي».

وأما بين الوكالة بقضاء الدين والوكالة بالشراء.. فلأن الوكيل بقضاء الدين لا

يملك الرجوع على الموكل إلا بدفع الدين إلى الدائن؛ لأنه هو المأمور به، والمأمور لا يملك الرجوع على الآمر إلا بفعل ما أمر به، بخلاف الوكيل بالشراء؛ فإن المأمور به ههنا هو الشراء - وقد فعل ذلك - لا دفع الثمن إلى البائع، وإنما دفع الثمن من ماله مرضي به دلالة؛ فإذا فعل الشراء.. تمت الوكالة، فله الرجوع على ما أمره بالثمن.

ولعل ابن نجيم غفل عن هذا الفرق وجعل مسألة الوكالة بالشراء مثل مسألة الكفالة ومسألة الوكالة بقضاء الدين.. فلنذكر ما في كفالة «الخانية»: قال فيها: رجل عليه ألف لرجل، فأمر المديون رجلاً أن يقضي الطالب الألف التي عليه، فقال المأمور: قضيت، فصدقه الآمر وكذبه صاحب الدين.. لا يرجع المأمور على الآمر؛ لأن المأمور بقضاء الدين وكل شراء ما في ذمته؛ فإذا لم يسلم له ما في ذمته.. لا يرجع المأمور على الآمر؛ كالوكيل بشراء العين إذا قال: اشتريت ونقدت الثمن من مالي، وصدقه الموكل وكذبه البائع.. لا يرجع الوكيل على الموكل.

ثم قال: رجل له على رجل ألف درهم، فأمر الغريم رجلاً [٢٩٣/ب] أن يقضي صاحب المال ماله، فقال المأمور: قد قضيت صاحب المال ماله وأنا أرجع به عليك، وصدقه الغريم بذلك، وقال صاحب المال: ما قبضت شيئاً.. فالقول قول صاحب المال مع يمينه، ولا يرجع المأمور على الآمر بشيء وإن صدقه الآمر، وكذلك الكفيل على هذا.

يعني: لو كفل رجل عن رجل بمال بأمر المكفول عنه، فقال الكفيل بعد ذلك: قضيت صاحب المال ماله، وصدقه المكفول عنه بذلك، وكذبه صاحب المال وحلف، وأخذ ماله من المكفول عنه.. لم يرجع الكفيل على المكفول عنه.

ثم قال فيها أيضاً نقلاً عن «السراجية»: أمر رجلاً أن يقضي عنه ألفاً لرجل عليه له ألف، فقال: قضيت، وصدقه الآمر، وكذبه صاحب المال.. فلا رجوع له على الآمر.

والحاصل: أن الوكيل بالشراء يرجع على الموكل بعدما اشترى، وبقبض المبيع من البائع ثبت المبادلة الحكمية بينه وبين الموكل، وإن المطالبة بالثمن إلى الوكيل لا إلى الموكل، بخلاف الكفيل؛ فإنه إنما يرجع على المكفول عنه بعد دفع المال إلى المكفول له؛ لأن حق الرجوع في الكفالة بحكم الدفع، ويملك ما في ذمة المكفول عنه.

وكذا في الوكالة بقضاء لا بحكم المبادلة الحكمية.

قال في الفصل الثالث من وكالة «البزازية»: أمر بقضاء دينه، فقال المأمور: قضيت، فصدقه الآمر فيه، وكذبه الطالب، وحلف على عدم وصول المال إليه وأخذه من الآمر.. لا يرجع المأمور على الآمر، لأن الآمر كذب في إقراره حيث قضي عليه بالدين؛ لأن الإقرار إنما يبطل بالحكم على خلافه إذا كان الحكم بالبينة؛ أما إذا كان بالإقرار.. فلا يبطل، بل لأن المأمور وكيل بشراء ما في ذمة الآمر بمثله وبنقد الثمن من مال نفسه، وإنما يرجع على الآمر إذا سلم له ما في ذمته؛ كالمشتري إنما يؤمر بتسليم الثمن إلى البائع إذا سلم البائع ما اشترى؛ أما إذا لم يسلم.. فلا. انتهى.

وهذا مما يدل على ما ذكرناه من الفرق بين الوكيل بقضاء الدين وبين الوكيل بالشراء؛ فإن الوكيل بالشراء ليس وكيلاً بشراء ما في ذمة الموكل بمثله، وينقد الثمن من مال نفسه كما هو كذلك الوكيل بقضاء الدين.

ثم قال في «البزازية» نقلاً عن «الكافي»: أمره بأن ينقده عنه فلاناً ألفاً، أو قال: انقده ألفاً له عليّ، أو ادفع الذي له عليّ، أو أعطه الذي له عليّ، أو أوفه ما له عليّ، أو أعطه عني ألفاً، أو اقضه ما له عليّ، أو اقض عني، أو انقده ألفاً على أني ضامن، أو على أني كفيل بها، أو على أنها لك علي، أو على أنها [٢٩٤/أ] لك إلي أو قبلي، ونقد.. رجع في الكلّ على الآمر.

ولو أمره في هذه الفصول أن ينقد الجياد فأعطى الزيوف.. يرجع بالزيوف، وفي الكفالة.. يرجع بما كفل؛ لأن الرجوع هنا بحكم الإقراض، وفي الكفالة بحكمِ ملكَ

وَحبسُ المُشْتَرَى لأَجله، ....

ما في ذمة الأصيل بالدفع، ثم ذكره في أواخر الفصل الخامس: أن الكفيل يرجع بحكم الأداء، والوكيل يرجع بحكم المبادلة الحكمية الجارية بين الوكيل والموكل.

(وحبس المشتري)؛ أي: المبيع، وهو عطف على طلب الثمن.

(لأجله)؛ أي: لأجل الثمن؛ لما ذكرناه من أنّ بينهما مبادلة حكمية، فصار الوكيل مثل البائع، وموكله مثل المشتري.. فله الحبس قبل الدفع وبعده.

وقال زفر: ليس للوكيل حبس المبيع؛ لأن الموكل صار قابضاً بيد الوكيل؛ لأن يده يد الموكل، والحبس في المقبوض غير متصور.

ولنا: أن في ذلك طريقين:

أحدهما: أن يقال التسليم الاختياري سقط حق الحبس، وهذا التسليم ليس باختياري، بل هو ضروري لا يمكن الاحتراز عنه؛ لأن الوكيل لا يمكن له أن يقبض على وجه لا يصير الموكل قابضاً، فلا يسقط حق الحبس.

والثاني: أن يقال: إنّ قبض الوكيل في الابتداء متردد بين أن يكون لتتميم مقصود الموكل، وأن يكون لإحياء حقه، وإنما تبين أحدهما عن الآخر بجنسه وعدم جنسه.. فكان الأمر فيه موقوفاً في الابتداء؛ فإن لم يحبسه.. عرفنا أنه كان عاملاً للموكل، وإن حبسه.. عرفنا أنه كان عاملاً لنفسه، فلم يكن الموكل قابضاً بقبضه.

قال في الوكالة بالشراء من بيوع «البزازية»: وللوكيل حبس المبيع إلى أن يقبض حقه عندنا، خلافاً لزفر؛ فإن نقد الوكيلُ بالشراء الثمنَ من ماله، ثم لقي الموكل في بلد آخر - والمبيع ليس عنده - وطلب من الموكل الثمن، فأبى أن يسلم إليه المبيع:

فإن كان الموكل طالبه بتسليمه حين كان المبيع بحضرتهما ولم يسلمه، بل حبسه حتى يقبض الثمن.. له أن لا يدفع الثمن حتى يقبض المبيع؛ لأنه امتنع عن تسليم المبيع حال حضرته.. فللموكل أن يمنع حال غيبته.

وإن كان الموكل لم يطلبه منه حال حضرة المبيع.. ليس له أن يمتنع عن دفع الثمن؛ لأنه صار ديناً في ذمة الموكل.

ثم اعلم: أن كلاً من طلب الثمن من الموكل وحبس المبيع منه: إذا كان الثمن حالاً بأن اشتراه الوكيل باتاً.

وأما إذا اشتراه بثمن مؤجل.. فلا، بل يتأجل في حق الموكل أيضاً، ولا يطالبه الوكيل حالاً، حتى لو مات الوكيل قبل حلول الأجل وحلّ عليه الثمن.. لا يحل [٢٩٤/ب] على الموكل، كذا في «البزازية».

بخلاف ما إذا اشتراه بنقد، ثم أجله البائع.. كان للوكيل أن يطالبه به حالاً - وهي الحيلة - كذا في «الخلاصة» و«البحر».

وهل يرجع الوكيل عليه بالثمن فيما إذا وهب البائع الثمن للوكيل أو أبرأ عنه؟

ففي «البزازية»: وهب البائع كل الثمن للوكيل بالشراء.. رجع الوكيل على الموكل بكله، وإن وهب له نصفه، ثم النصف الباقي.. يرجع بالنصف الباقي دون الأول؛ لأن الأول: حطّ وإسقاط، والثاني: هبة.

ولو كان ألفاً فوهب له أولاً تسعمائة، ثم مائة.. يرجع بالمائة عند الإمام أبي حنيفة وأبي يوسف، وبه أخذ الحسن، هكذا ذكره.

ثم قال: وعلم بما ذكرنا: أن إبراء البائع الوكيل وهبته على السواء.. يرجع فيهما على موكله بالثمن.

والدائن إذا أبرأ الدين عن الكفيل.. لا يرجع على المكفول عنه، وإذا وهب.. يرجع.

والفرق: أن الكفيل يرجع بحكم الأداء حتى لا يملك الرجوع قبل الأداء؛ لأنه ملك ما في ذمة الأصيل، وملكه: قد يكون بالأداء، وقد يكون بالهبة؛ لأنها سبب

فَإِن هلك قبلَ حَبسه.. هلكَ على الْآمِرِ، وَلَا يسْقطُ ثمنهُ، وَإِن بعدَ حَبسِهِ.. سقطَ، وَعند أَبِي يُوسُفَ: هُوَ كَالرَّهْنِ.

للملك كالأداء؛ أما في الإبراء.. فليس من أسباب الملك بما في ذمة المديون، وفي الوكالة: الرجوع بحكم المبادلة الحكمية الجارية بين الوكيل والموكل. انتهى.

أقول: ما ذكره أوّلاً مسلم ومذكور في الكتب أيضاً، حتى نقله في «البحر» عن «الواقعات الحسامية»، وكذا ما ذكره ثانياً من قوله: «إن إبراء البائع وهبته على السواء» ممنوع، بل المعلوم مما ذكره أولاً: الفرق بين الإبراء والهبة؛ كما في إبراء الدين عن الكفيل؛ فإنه قال: «يرجع بالنصف الباقي دون الأول»، وعلله بقوله: «لأن الأول حطّ وإسقاط، والثاني هبة» فقد حكم في الإبراء: بعدم الرجوع، وفي الهبة: بالرجوع.

(**فإن هلك**) المبيع في يده (**قبل حبسه.. هلك على الآمر، ولا يسقط ثمنه**) عن الآمر؛ لعدم التعدي من المأمور.

(**وإن**) هلك (**بعد حبسه.. سقط**) الثمن عن الموكل بالاتفاق؛ لكونه مضموناً على الوكيل بالاتفاق، لكنهم اختلفوا؛ فقال أبو حنيفة ومحمد: إنه يضمن ضمان المبيع، وإليه أشار بقوله: «يسقط» لأن المبيع مضمون بالثمن، حتى إذا هلك في يد البائع قبل التسليم إلى المشتري.. سقط الثمن عن المشتري، قلَّ أو كثر.

(**وعند أبي يوسف: هو كالرهن**)، فيضمن ضمان الرهن، فيعتبر الأقل من القيمة ومن الدين، وضمان الغصب عند زفر.. فيجب مثله إن كان مثلياً، وقيمته بالغة ما بلغت إن كان قيمياً، كما هو ضمان المغصوب، وهذا بناء على مذهبه: من أن الوكيل ليس له حق الحبس، فصار بالحبس غاصباً [٢٩٥/أ].

ولهما: «أن الوكيل بمنزلة البائع للموكل، والموكل بمنزلة المشتري منه؛ لما بينهما من المبادلة الحكمية على ما تقدم، وللبائع حق الحبس لاستيفاء الثمن، وإذا هلك عنده.. صار مضموناً عليه بالثمن، قليلاً كان أو كثيراً من القيمة، ويسقط من المشتري، فكذا الوكيل؛ لأنه بائع حكماً.

ولأبي يوسف: أنه مضمون عليه بعد الحبس بعد أن لم يكن مضموناً قبل [الحبس]، فكان في معنى الرهن لا في معنى البيع؛ فإن المبيع مضمون عليه بنفس العقد قبل الحبس أيضاً.

إذا عرفت هذا؛ فإن كان الثمن مساوياً للقيمة.. سقط بالاتفاق.

والخلاف إنما يظهر فيما إذا كان الثمن عشرة والقيمة خمسة عشر؛ فعند زفر: يضمن خمسة عشر؛ لكونه غصباً عنده، وعند الثلاثة: يضمن عشرة.

أما عند أبي يوسف؛ فلكونه أقلّ.

وأما عندهما؛ فلكونه ثمناً.

وإن كان بالعكس.. فعند زفر يضمن عشرة، فيطالب الخمسة من الموكل، وكذا عند أبي يوسف؛ لكونه أقلّ.

ونقدها من ماله وقبض المبيع، ولم يحبسه عن الموكل حتى أعطاه نصفه، ثم حبس وهلك في يده.. سلم له النصف المقبوض، وبطل الباقي.

وإن كان حبسه في أول الأمر.. رد المقبوض أيضاً. انتهى.

هذا كله في هلاك المبيع في يد الوكيل والموكل لم يكن دفع إليه الثمن.

وأما إذا دفع الموكل الثمن إليه فهلك الثمن في يده؛ ففي الفصل الخامس من وكالة «البزازية» نقلاً عن «الجامع»: دفع إلى الوكيل ألفاً ليشتري به، فاشترى، وقبل أن ينقد للبائع هلك.. فمن مال الآمر، وإن اشترى، ثم نقده الموكل فهلك الثمن قبل دفعه إلى البائع عند الوكيل.. يهلك من مال الوكيل.

وفي «الجامع الأصغر»: وكّله به ودفع ألفاً إليه، فاشترى ولم ينقد حتى هلك.. رجع مرة؛ فإن دفع وهلك ثانياً.. لا يرجع أخرى، والمضارب يرجع مراراً، والكل رأس المال. انتهى. وسيأتي في المضاربة.

وفي «التاتارخانية»: رجل دفع إلى رجل ألف درهم، وأمر بأن يشتري له بها

عبداً، فوضع الوكيل الدراهم في منزله وخرج إلى السوق، واشترى له عبداً بألف درهم وجاء بالعبد إلى منزله وأراد أن يدفع الدراهم إلى البائع؛ فإذا الدراهم قد سرقت، وهلك العبد في منزله، فجاء البائع وطلب منه الثمن، وجاء الموكل يطلب منه العبد.. كيف يفعل؟

قالوا: يأخذ الوكيل من الموكل ألف درهم ويدفعها إلى البائع، والعبد والدراهم هلكا على الأمانة في يده.

قال الفقيه أبو الليث: هذا إذا علم بشهادة الشهود أنه اشترى [٢٩٥/ب] العبد وهلك في يده؛ أما إذا لم يعلم ذلك إلّا بقوله.. فإنه يصدق في نفي الضمان عن نفسه. انتهى.

وفي الوكالة بالشراء من بيوع «البزازية»: الوكيل بالشراء أخذ المبيع على وجه السّوم مع قرار الثمن، فأراه الموكل، فلم يرض به الموكل، فهلك في يد الوكيل.. ضمن الوكيل قيمة السلعة للبائع، ثم يرجع به على الموكل إن كان أمره بالأخذ على وجه السوم، وإن كان لم يأمره.. لا يرجع.

هذا كله في الهلاك.

وأما لو ذهبت عين المبيع في يد الوكيل بعد حبسه.. فهل يسقط الثمن؟

ففي «البحر» نقلاً عن «زيادات قاضي خان»: أنه لم يسقط شيء من الثمن؛ لأن العين وصف، والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن، لكن يخيّر الموكل؛ إن شاء.. أخذه بجميع الثمن، وإن شاء.. تركه.

وهذا كله في الوكيل بالشراء.

وهل هو كذلك في الوكالة بالاستئجار؟

ففي «البحر» نقلاً عن «الخانية»: الوكيل باستئجار الدار إذا استأجر للموكل داراً بمائة درهم، وشرط التعجيل أو لم يشترط، وقبض الوكيل الدار.. لا يكون له أن

وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ بِشرَاءِ عينٍ شِرَاؤُهُ لِنَفسِهِ.

يحبسها من الموكل بالأجر؛ فإن حبسها حتى مضت المدة.. ذكر في بعض الروايات: أن الأجر على الوكيل، ثم الوكيل يرجع على الموكل، ولا يسقط الأجر عن الموكل بحبس الوكيل، بخلاف ما إذا غصبها غاصب؛ فإن ثمة لا يجب الأجر على الموكل ولا على الوكيل.

وفي بعضها: يسقط الأجر عن الموكل بحبس الوكيل، قال: فيكون مضموناً ضمان البيع عندهما، وضمان الرهن عند أبي يوسف، وضمان الغصب عند زفر كما في الشراء على ما تقدم.

(**وليس للوكيل بشراء معين شراؤه لنفسه**)؛ لأنه يؤدي إلى تغرير المسلم؛ لأنه اعتمد عليه - وذلك لا يجوز - ولأن فيه عزل نفسه عن الوكالة، وهو لا يملك ذلك في غيبة الموكل؛ لأنه فسخ، فلا بد من علم صاحبه كما في سائر الفسوخ، ولأن الوكيل عامل لغيره؛ فمتى كان عاملاً لنفسه.. بطلت الوكالة، فلا يملكه إلا بإذن الموكل.

فإن قيل: إن الدائن يجوز أن يوكل مديونه بإبراء نفسه عن الدين، مع أنه عامل لنفسه.

أجيب عنه: بأنه وإن كان عاملاً لنفسه بإبراء ذمته.. فهو عامل للموكل بإسقاط دينه، وشرط الوكالة: كونه عاملاً لغيره، لا كونه غير عامل لنفسه، كذا في «منية المفتي».

ومنه: ظهر ضعف ما في «الأشباه»: الوكيل عامل لغيره، فمتى كان عاملاً لنفسه.. بطلت، إلا في مسألة، وهي: ما إذا وكل المديون بإبراء نفسه.. فإنه صحيح وإن كان عاملاً لنفسه. انتهى.

وجه الضعف: أن ذلك [٢٩٦/أ] المديون عامل لغيره أيضاً كما عرفت، فلا يستقيم الاستثناء، وإنما يستقيم أن لو لم يكن عاملاً لغيره. تأمل.

فإذا لم يجز شراؤه لنفسه؛ فإن شراه لنفسه في غيبة الموكل.. وقع عن الموكل وإن قال عند العقد: اشتريته لنفسي، إلا إذا باشر العقد على وجه المخالفة في قدر الثمن، أو جنسه عند تسمية الثمن، أو اشتراه بغير النقود عند عدم تسمية الثمن، أو وكل رجلاً آخر بشرائه فاشتراه وهو غائب ولم يأذنه الموكل.. فإن في هذه الوجوه يقع العقد عن الوكيل.

وأشار بقوله: «لنفسه» إلى أنه لا يشتريه لموكل آخر بطريق الأولى، حتى لو اشترى للثاني.. يكون للأول، إلا أن يقبل وكالة الثاني بحضرة الأول.. فإنه حينئذ يكون للثاني إن اشتراه للثاني، وكذا يكون للثاني أيضاً فيما إذا وكل الأول بمائة درهم، والثاني بألف درهم أو بمائة دينار، فاشتراه بألف درهم أو بمائة دينار؛ لأنه خالف الأول ووافق الثاني، فيكون للثاني، كذا في «البحر».

واعلم: أنه لا بد أن تقيّد المسألة بغيبة الموكل كما قيدنا في الوجه الثاني؛ لأن الموكل إذا كان حاضراً عند العقد.. فللوكيل أن يشتريه لنفسه؛ لأن له حينئذ عزل نفسه.

ولذا قال في «البزازية»: الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه وإن قال عند العقد: «اشتريته لنفسي»، إلا إذا خالف في قدر الثمن أو جنسه.

هذا إذا كان الموكل غائباً.

وإن كان حاضراً وصرح الوكيل أنه يشتريه لنفسه.. صار مشترياً لنفسه. انتهى.

واحترز بالشراء عن النكاح؛ فإن الوكيل بنكاح امرأة معينة يملك تزوجها لنفسه على ما صرح به في «البزازية».

بخلاف ما لو وكلت المرأة رجلاً بالتصرف في أمورها فزوّجها من نفسه.. لا يجوز؛ لأنها لو وكّلته بالنكاح.. لا يملك التزويج من نفسه، فهنا أولى، كذا في وكالة النكاح من «قاضي خان».

فَإِن شراه بِخِلَاف جنسِ مَا سمّى من الثّمنِ، ....

ثم قوله: «لا يملك شراءه لنفسه وإن قال عند العقد اشتريته لنفسي» ليس على إطلاقه، بل مقيّد بقبول الوكالة؛ بأن يقول: «نعم» مثلاً عند قول الموكل: اشتر لي عبد فلان أو جارية فلان؛ لما ذكره في «الخلاصة» نقلاً عن شركة «الفتاوى»: رجل قال لآخر اشتر لي جارية فلان، فلم يقل المأمور: «نعم» أو «لا»، فذهب واشترى تلك الجارية؛ إن قال: اشتريتها للآمر.. فهي للآمر، وإن قال: اشتريتها لنفسه.. فهي له، وإن قال: اشتريته ولم يقل: للآمر أو لنفسي، ثم قال: «اشتريتها لفلان»؛ قبل أن يهلك أو يحدث بها عيب.. يصدق، وإن قال بعد الهلاك أو حدوث العيب.. لا يصدق بلا تصديق الموكل. انتهى. [٢٩٦/ب].

فعلم منه: أنه لو وكل بشراء شيء معين ولم يقل: «نعم»، وذهب واشترى ذلك الشيء لنفسه، وقال: اشتريت لنفسي.. يقع عنه لا عن الموكل، فظهر من هنا: أن الوكيل بشراء شيء معين إذا اشتراه لنفسه.. لا يكون له، بل للموكل، إلا في مواضع:

منها: إذا وكل غيره بدون إذن الموكل، فاشترى الوكيل الثاني عند غيبة الوكيل الأول.

ومنها: إذا خالف المؤكل في قدر الثمن.

ومنها: إذا خالفه في جنسه إن سمى الموكل الثمن.

ومنها: إذا اشتراه بغير النقود، إن لم يسمّ الموكل الثمن، بل أطلقه.. فإنه ينصرف إلى النقود في البلد.

ومنها: إذا اشتراه في حضرة الموكل وقال: اشتريته لنفسي.

ومنها: إذا قال الموكل: اشتر لي جارية فلان، ولم يقل «نعم» وذهب واشتراها، وقال: اشتريتها لنفسي.. فإن في هذه المواضع الستة يكون المشترى له لا للموكل وإن كان وكيلاً بشراء معين، فأراد المصنف أن يذكر بعضاً منها فقال: (**فإن شراه**)؛ أي: الشيء المعين الذي وكّل بشرائه، (**بخلاف جنس ما سمى**) الموكل (**من الثمن**)

هكذا قيده في «المجمع» و«الهداية»، بخلاف الجنس، ولم يطلقه حتى يشمل الخلاف في قدر الثمن، وقد صرح في «البزازية»: أن خلاف الوكيل في قدر الثمن مثل خلافه في جنسه في بطلان الوكالة بسببه.

وقال في «البحر»: إن ظاهر ما في «الهداية» و«المجمع»: أن الموكل إذا سمّى له ثمناً فزاد عليه الوكيل أو نقص عنه.. فإنه يكون مخالفاً له.

وظاهر ما في «الكافي» للحاكم الشهيد: أنه يكون مخالفاً فيما زاد عليه، لا فيما نقص عنه، حتى لو اشترى بالزيادة على المسمى.. يكون للمأمور، ولو اشترى بالنقصان منه.. يكون للآمر. انتهى.

وذكر في «الخلاصة»: أن الوكيل إذا خالف أمر الآمر؛ إن كان خلافاً إلى خير في الجنس بأن وكّله ببيع عبده بألف درهم فباعه بألف ومائة.. ينفذ، ولو وكّله ببيع عبده بألف درهم فباعه بمائة دينار.. لا ينفذ عليه وإن كان خيراً. انتهى.

فظهر منه: أن الخلاف إلى زيادة أو نقصان إنما يظهر أثره فيما اتحد بالجنس، وأما في خلاف الجنس.. فلا، بل الاعتبار ثمة إلى خلاف الجنس، حتى لا يجوز وإن كان إلى خير.

أطلق الخلاف في جنس الثمن فشمل ما إذا كان خلاف الجنس عرضاً أو نقداً؛ بأن أمره بقرض فاشتراه بنقد، أو بالعكس، أو بدنانير فاشتراه بدراهم؛ لما في «البزازية»: أمره بأن يشتري بعشرة دنانير، فاشتراه بمائتي درهم، وقيمة الدراهم مثل عشرة دنانير.. لزم الموكل، خلافاً لمحمد وزفر، ولو بعرض قيمتها مثل الدنانير.. لا يلزم الآمر إجماعاً. انتهى.

فإطلاقه يشمل ما قال محمد وزفر.

وذكر في «البحر» [٢٩٧/أ] نقلاً عن «الواقعات الحسامية»: الوكيل بالشراء بألف درهم [إذا] اشترى بمائة دينار أو بعرض.. لا يلزم الموكل. انتهى.

أَو بِغَيْرِ النُّقُودِ.. وَقع لَهُ.

وَكَذَا إِنْ أَمرَ غَيرَه فشراهُ الْغَيْرُ بغيبتِهِ.

وَإِن شراهُ بِحَضْرَتِهِ.. فللموكِّلِ.

فلم يفرق بين العرض والنقد في المخالفة كما هو مذهب محمد وزفر.

وذكر فيه نقلاً عن «الواقعات» أيضاً: قال الأسير لرجل اشترني بألف درهم، فاشتراه بمائة دينار أو بعرض.. جاز، وله أن يرجع على الأسير بالألف. انتهى.

وذكر هكذا هذه المسألة في «الأشباه» واستثناها عن قولهم: «الوكيل إذا اشترى بأكثر مما سماه الموكل من الثمن.. نفذ عليه»، وهي الأسير إذا أمر رجلاً أن ينقد به ألفاً فنقد ألفين.. يرجع عليه بألفين.

واعلم: كما أن الوكيل بشراء شيء معين إذا خالف الموكل في الثمن المسمى جنساً أو قدراً.. ينفذ عليه، كذلك إذا خالف له في ذلك الشيء نفسه.. ينفذ عليه، ولم يذكره المصنف؛ لأنه علم بطريق الأولى، وله فروع كثيرة في الفتاوى.

(**أو بغير النقود**) عطف على قوله: «بخلاف جنس ما سمى» أي: اشترى بغير النقود، فما لم توجد تسمية الثمن من الموكل (.. **وقع**) العقد (**له**)؛ أي: للوكيل في الصورتين؛ لأنه خالف الآمر فينفذ عليه.

أما المخالفة في الصورة الأولى: فظاهرة.

وأما في الثانية: فلأن المتعارف عند الإطلاق نقد البلد، فينصرف إليه، فصار كأنه أمره بنقد البلد.

(**وكذا**)؛ أي: يقع للوكيل (**إن أمر**) الوكيل (**غيره**) بشراء ما وكل به من المعين، ولم يقل له الموكل: اعمل برأيك؛ إذ لو قال له ذلك.. فللوكيل أن يوكل، ولم يكن مخالفاً بالتوكيل، (**فشراه**) ذلك (**الغير بغيبته**)؛ أي: بغيبة الوكيل؛ لأنه مأمور بأن يحضر رأيه، ولم يتحقق ذلك في حال غيبته فكان مخالفاً للآمر.. فينفذ عليه.

(**وإن شراه**) الوكيل الثاني (**بحضرته**)؛ أي: بحضرة الموكل الأول (.. **فللموكل**)؛

لأنه حينئذ وجد؛ أي: الأول، فلم يكن مخالفاً له.

واعلم: أن الوكيل بالبيع والشراء والنكاح والخلع والكتابة إذا وكّل غيره، ففعل الثاني بحضرة الأول، أو فعل ذلك أجنبي، فبلغ الوكيل فأجازه.. جاز.

بخلاف الوكيل بالطلاق والعتاق؛ فإن الوكيل الثاني إذا طلق أو أعتق بحضرة الأول، أو فعل الأجنبي ذلك، فبلغ الوكيل.. لا يقع الطلاق والعتاق على ما في «العناية» نقلاً عن «الذخيرة» و«التتمة».

ثم بين الفرق: بأن العمل بحقيقة الوكالة في الطلاق والعتاق متعذر؛ لأن التوكيل: تفويض الرأي إلى الغير، ولا حاجة إلى الرأي فيهما إذا انفردوا عن مال، فكان التوكيل فيهما مجازاً عن الرسالة، والرسول ينقل عبارة المرسل لا غير، وتوكيل الآخر أو الإجازة بفعل الآخر.. ليس من النقل في شيء، فلم يملكه الوكيل؛ لكونه رسولاً محضاً فيهما، بخلاف البيع والشراء [٢٩٧/ب] والنكاح والخلع والكتابة.. فإنها تحتاج إلى الرأي، فيمكن العمل بحقيقة الوكالة، فيجوز توكيل الوكيل بآخر أو بإجارته بفعله، هكذا ذكره، ولم يفرق بين البيع والنكاح والخلع والكتابة، والظاهر منه: أنه اتفاقي.

ورجح في «البزازية» الخلاف فيه؛ حيث قال: وكيل البيع إذا لم يقل له: اعمل برأيك، فوكل آخر؛ فتصرف الثاني بحضرة الأول.. جاز، والعهدة على الوكيل الثاني في رواية «العيون»، وعلى الوكيل الأول في رواية «العتابي».

وإن باع الأول بحضرة موكله.. فالعهدة على الوكيل، وحضرة الموكل وغيبته سواء.

وإن باع الثاني بغيبة الأول ولم يكن قيل له اعمل برأيك؛ إن أجازه الموكل.. جاز، وإلا؛ إن كان بيّن الثمن.. جاز، وإلا.. لا.

وَفِي غير الْمعيَّنِ: هُوَ لِلْوَكِيلِ، إِلّا إِن أَضَافَ العقدَ إِلَى مَالِ الْمُوكِّلِ، أَو أطلقَ وَنوى لَهُ.

وفي الطلاق والعتاق والخلع والنكاح والكتابة كالبيع؛ إن أوجده الثاني بحضرة الأول أو كان غائباً فأجازه.. لا يجوز.

وعن محمد: أن النكاح والخلع والكتابة كالبيع. انتهى.

فعلم منه: أن ما ذكر في «العناية» ليس باتفاقي، بل قول محمد.

(**وفي**) توكيل شراء (**غير المعين: هو**)؛ أي: المشترى (**للوكيل، إلا إن أضاف العقد إلى مال الموكل**)؛ بأن قال: «اشتريته بمال الموكل»، هكذا حمله صاحب «الهداية» عبارة القدوري، تعرفه بالمراجعة إليه.

(**أو أطلق**) عن الإضافة (**ونوى له**)؛ أي: للموكل:

توضيح هذه المسألة: أن الوكيل بشراء غير المعين لا يخلو؛ إما أن يضيف العقد إلى مال الموكل، أو إلى مال نفسه، أو إلى دراهم مطلقة:

فإن كان الأول.. فالمشترى للموكل؛ حملاً بحال الوكيل على ما يحلّ له شرعاً؛ إذ الشراء لنفسه بإضافة العقد إلى دراهم غيره مستنكر شرعاً، وكذا عرفا أيضاً؛ لكونه غصباً لدراهم الآخر.

وإن كان الثاني.. كان للمأمور؛ حملاً لفعله على ما يفعله الناس عادة؛ إذ العادة جرت بوقوع الشراء لصاحب الدراهم.

وإن كان الثالث؛ فأما إن نواها للآمر.. فهو للآمر، أو لنفسه.. فهو لنفسه؛ لأن له أن يعمل لنفسه ولغيره في هذه الوكالة؛ لكونها في شيء غير معين.

وإن اختلفا فقال الوكيل: نويت لنفسي، وقال الموكل: لا، بل نويت لي.. حكم بالنقد بالإجماع؛ فإن نقد الثمن من مال الموكل.. فله، وإن نقد من مال نفسه.. فلنفسه؛ عملاً بالظاهر؛ لأن الظاهر حمل حاله على ما يحل له شرعاً.

وإن توافقا على أنه لم تحضره النية وقت الشراء.. قال محمد: هو للعاقد؛ لأن

الأصل أن يعمل كلّ أحد لنفسه، إلا إذا ثبت جعله لغيره بالإضافة إلى ماله أو بالنية، والفرض عدمه.

وقال أبو يوسف: يحكم النقد أيضاً؛ لأن المطلق يحتمل أن يكون له ولغيره، فيكون موقوفاً؛ [٢٩٨/أ] فمن أي مال نقد.. تعين به أحد المحتملين.

فإن قيل: إن الإضافة إلى أي مال كان إنما تفيد التعيين أن لو كان النقود تتعين بالتعيين في العقود، لكنها لا تتعين.

قلنا: قد تقرر فيما سبق أنها تتعين في الوكالات، والمراد بالتعيين ههنا: تعيين الوكالة وتقييدها بها، لا تعيين الشراء بها.

هذا، والتوكيل بالإسلام[1] على هذه الوجوه.

وفي «البحر» قول أبي حنيفة ومحمد فيما ذكره العراقيون، ومع أبي يوسف فيما ذكره غيرهم، وهكذا ذكره في «البزازية» أيضاً.

وأشار بإطلاقه إلى ما في «البزازية»: من أن الوكيل بالشراء أنفق دراهم الموكل على نفسه، ثم اشترى ما أمر به بدراهم من عنده.. فالمشترى للوكيل لا للآمر في المختار.

وفي «الأصل»: اشترى بدنانير من عنده، ثم نقد دنانير الموكل.. فالشراء للوكيل ويضمن مال الموكل للتعدي.

ولو اشترى ما أمر به وسلمه إلى الموكل، ثم أنفق دراهم الوكالة ونقد للبائع غيرها.. جاز.

وقال في «الأشباه»: الوكيل إذا أمسك مال الموكل ودفع مال نفسه.. فإنه يكون متعدياً، إلا في مسائل:

---

(١) من السَّلَم.

وَيعْتَبَر فِي الصّرْفِ وَالسّلمِ: مُفَارِقَةُ الْوَكِيلِ لَا الْمُوكِّلِ.

الأولى: الوكيل بالإنفاق على أهله.

الثانية: الوكيل بالإنفاق على بناء داره.

الثالثة: الوكيل بالشراء إذا أمسك المدفوع ونقد من مال نفسه.

الرابعة: الوكيل بقبض الدين كذلك.

الخامسة: الوكيل بإعطاء الزكاة إذا أمسكه وتصدق بماله ناوياً الرجوع.. أجزأ.

السادسة: إبراء الوكيل بالبيع المشتري عن الثمن قبل قبضه وهبته صحيحه عند أبي حنيفة. انتهى.

وفي «الخلاصة» هكذا: الوكيل ببيع الدنانير؛ إذا أمسك الدنانير وباع دنانيره.. لا يصح.

ولو أمره أن يقضي دينه بهذه الدنانير، فقضى من مال نفسه وأمسك الدنانير.. جاز استحساناً.

وكذا لو أمره أن ينفق هذه الدنانير ببناء بيته فأنفق من مال نفسه.. جاز استحساناً.

ولو أمره أن يتصدق بهذا الألف فتصدق بألف من ماله؛ إن أنفق الوكيل الألف أولاً على نفسه، ثم تصدق بألف من ماله.. لا يجوز ويضمن الألف، وإن كانت الدراهم عنده فيتصدق من عنده.. جاز استحساناً.

ولو أمره بأن يقبض من فلان ألف درهم له عليه ويتصدق بها عنده، فتصدق المأمور من ماله عن الآمر بمثل ذلك الألف؛ ليرجع في مال الآمر إذا قبضه من الذي هو عليه.. جاز استحساناً. انتهى.

(**ويعتبر في الصرف والسلم مفارقة الوكيل لا الموكل**)؛ لأن قبض بدل الصرف ورأس مال السلم في المجلس شرط لصحة هذين العقدين، ولا يستحق القبض إلا العاقد [٢٩٨/ب] وهو الوكيل وإن كان ممن لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد

المحجور عليه؛ فإن قبضهما صحيح وإن لم يتوجه عليهما العهدة، ولهذا أطلق المصنف ليشمله.

فإذن: كان المعتبر: مفارقة الوكيل؛ فإذا قبض الوكيل في المجلس بدل الصرف ورأس مال السلم.. تم العقد لوجود الشرط، وإن فارقه قبل القبض.. بطل العقد لفقد الشرط.

ومفارقة الموكل قبله غير معتبر؛ لأنه ليس بعاقد، بخلاف الرسول فيهما؛ لأن العاقد هو المرسل لا الرسول، فالمعتبر قبض المرسل لا الرسول.

قال في «العناية» نقلاً عن شيخ الإسلام: هذا إذا كان الموكل غائباً عن مجلس العقد، وأما إذا كان حاضراً فيه.. فإن الموكل حينئذ يصير كالصارف بنفسه، فلا تعتبر مفارقة الوكيل، هكذا ذكره في «النهاية» أيضاً.

واستشكله في «الزيلعي» بأن الوكيل [أصيلٌ] في باب البيع، حضر الموكل أو لا، وأيده بأن إطلاقاتهم تدل على أن مفارقة الموكل لا تعتبر أصلاً ولو كان حاضراً.

ثم جواز الوكالة في الصرف جار من الجانبين، وأما في السلم.. فإنما يجوز من جانب رب السلم، فقد يدفع رأس مال السلم - وهو الثمن - في عقد السلم، وأما من جانب المسلم إليه بأخذ مال السلم من رب السلم.. فلا يجوز؛ لأن وكيل المسلم إليه إذا قبض رأس المال.. يبقى المسلم فيه من المكيل أو الموزون ديناً في ذمته وهو مبيع، فيلزمه أن يبيع ماله بشرط أن يكون الثمن لغيره وهو الموكل المسلم إليه، وذلك لا يجوز؛ كما إذا باع العين من ماله على أن يكون الثمن للغير؛ لأن الثمن هو بدل ماله، فيكون له لا لغيره، وإذا بطل التوكيل فيه.. كان الوكيل عاقداً لنفسه، فيجب المسلم فيه في ذمته، ورأس المال مملوك له، وإذا سلمه إلى الآمر على وجه التمليك.. كان قرضاً.

وكذا لا تجوز الرسالة من جانب المسلم إليه، كما لا تجوز الوكالة على ما بيّنه في «العناية».

وَلَو قَالَ: بَعْنِي هَذَا لزيدٍ، فَبَاعَ، ثُمَّ أنكر كَونَ زيدٍ أَمره.. فلزيدٍ أَخذُهُ إن لـم يصدّقْ إِنْكَارَهُ، فَإِن صدّقه.. لَا يَأْخُذهُ جبراً، فَإِن سلّمَهُ المُشْتَرِي إِلَيْهِ.. صَحَّ.

وَمن وُكِّلَ بشرَاءِ رَطْلِ لحمٍ بدرهمٍ، فشرى رطلَين بدرهمٍ مِمَّا يُبَاع رَطْلٌ بدرهمٍ.. لزمَ مُوكِّلَهُ رَطْلٌ ....

فإن قيل: قد تقرر أن كل عقد يملكه الموكل بنفسه.. يجوز التوكيل به، والمسلم إليه يملك قبول السلم بنفسه، فينبغي أن يجوز التوكيل به أيضاً.

أجيب عنه: بأن الموكل - أي المسلم إليه - يملك قبول السلم لضرورة دفع حاجته، والنص على خلاف القياس، والثابت بالضرورة وبالنص على خلاف القياس.. يقتصر على مورده ولا يتعداه.

(**ولو قال: بعني هذا لزيد**)؛ أي: لأجل زيد (**فباع، ثم أنكر كون زيد آمره فلزيد.. أخذه إن لم يصدق إنكاره**)؛ لأن قوله: لفلان إقرار منه بالوكالة عنه، والإقرار بالشيء لا يبطل بالإنكار اللاحق، وإنما يبطل بحكم القاضي [٢٩٩/أ]، بخلافه بالبينة؛ لأنه حينئذ يكون مكذباً شرعاً؛ فإذا لم يبطل إقراره.. يكون وكيلاً عنه؛ لأن احتمال قوله هذا: الشفاعة له خلاف الظاهر.. فلا يصار إليه بلا صادق، فتتعين الوكالة.

(**فإن صدقه.. لا يأخذه جبراً**)؛ لأن الإقرار السابق قد ارتد بتصديق إنكاره أن يأخذه منه بغير رضاه.

وإذا لم يأخذه جبراً؛ (**فإن سلمه المشتري إليه**)؛ أي: إلى زيد (**.. صح**) تسليمه بيعاً بالتعاطي؛ لأن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي، وإن لم يوجد نقد الثمن، وقد مر بيانه في أول كتاب البيع.

(**ومن وكل بشراء رطل لحم بدرهم، فشرى رطلين بدرهم مما يباع رطل بدرهم**) احترز به: «عما يباع رطلان بدرهم»؛ فإنه حينئذ يكون ما اشتراه الوكيل - من الرطلين بدرهم - له بالإجماع، لا للموكل لمخالفته إلى شيء (**.. لزم موكله**

بِنِصْف دِرْهَمٍ.

وَعِنْدَهُمَا: يلْزمُهُ الرطلانِ بالدِّرهمِ.

رطل بنصف درهم) عند أبي حنيفة، **(وعندهما: يلزمه)**؛ أي: الموكل **(الرطلان بالدرهم)**؛ لأن الموكل أمره بصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره رطل، والوكيل لم يخالفه فيما أمره، وإنما جاء ظنه مخالفاً للواقع، وليس على الوكيل من ذلك شيء، لا سيما إذا زاد خيراً.

ولأبي حنيفة: أنه أمره بشراء رطل دون زيادة، وظن أن ذلك المقدار يساوي درهماً، وقد خالفه فيما أمره، فينفذ العقد عليه في الزيادة وفي مقدار المأمورية على الآمر؛ لأنه إتيان بالمأمورية.

واعترض عليه بوجهين:

الأول: أنه ينبغي أن لا يلزم الآمر شيء أصلاً من ذلك؛ لأن الرطل يثبت ضمناً للرطلين لا قصداً، وقد وكله بشراء رطل قصداً، ومثل هذا لا يجوز على قول أبي حنيفة؛ كما إذا قال لرجل: طلق امرأتي واحدة، فطلقها ثلاثاً.. لا تقع واحدة؛ لثبوتها في ضمن الثلاث، والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به، ولا يثبت ما في ضمنه أيضاً تبعاً له.

والثاني: إذا أمره أن يشتري له ثوباً هروياً بعشرة، فاشترى له هرويين بعشرة، كل واحد منهما يساوي عشرة؛ قال أبو حنيفة: لا يجوز البيع في كلّ واحد منهما للآمر حتى لا يلزم للآمر شيء منهما؛ لعدم إمكان الترجيح، والمسألة كالمسألة.

وأجاب عن الأول الإمام حميد الدين: بأن في مسألة الطلاق وقوع الواحدة ضمني، وما هو كذلك.. لا يقع إلا في ضمن ما تضمنه، وما تضمنه لم يصح؛ لعدم الآمر به، فكذا ما في ضمنه، وأما فيما نحن فيه.. فكلٌّ قصدي؛ لأن أجزاء الثمن تتوزع على أجزاء المبيع، فلا يتحقق الضمني في الشراء.

وأجاب عن الثاني صاحب «النهاية»: بأنه يجعل اللحم من ذوات الأمثال، ولا تفاوت في قيمتها إذا كانت من جنس واحد وصفة [٢٩٩/ب] واحدة، وكلامنا فيه،

وَلَو وُكِّلَ بشرَاء عَبْدَيْنِ بعينِهِما، فشرى أَحدَهُمَا.. جَازَ.

وحينئذ كان للوكيل أن يجعل للموكل أي رطل شاء، بخلاف الثوب؛ فإنه من ذوات القيم، فالثوبان وإن تساويا في القيمة، لكن يعرف ذلك بالحرز والظن، وذلك لا يعين حق الموكل، فيثبت حقه مجهولاً، ولا ينفذ عليه، هكذا ذكره.

وقال في «العناية»: وهذا لا يتمشى إلا على طريقة جعل اللحم مثلياً، وهو مختار صاحب «المحيط».

وأما عند غيره.. فهو من القيمي، فلا بدَّ عندهم من تعليل آخر، ولعل ذلك أن يقال: «اللحم أيضاً من ذوات القيم»، لكن التفاوت فيه قليل إذا كان من جنس واحد مفروض التساوي في القدر والقيمة، وقد اختلط بعضه ببعض، بخلاف الثوب؛ فإن تطرق الخلل في احتمال التساوي كثرة مادة وصورة وطولاً وعرضاً ورفعة، فلا يقاس عليه ما كان تطرق الخلل فيه قليلاً.

هذا: ولا يخفى عليك أن ما ذكر في مسألة الثوب الهروي فيما إذا كان الثوب غير معين.

وأما إذا كان معيناً والمسألة بحالها.. فيلزم الأمر بحصته من العشرة، على ما صرح به في «البزازية»؛ حيث قال: ولو أمره بشراء ثوب هروي بعينه بعشرة، فاشترى ثوبين هرويين بعشرة.. لزمه ذلك الثوب المعين بحصته من العشرة، وكذا لو أمره بشراء كر حنطة بعينها.

وعن أبي يوسف: وكله بشراء لحم بدرهم، فاشترى لحماً مطبوخاً أو مشوياً.. لا يلزم الآمر، إلا أن يكون مسافراً نزل خاناً.

ولحم طير ووحش.. جاز إن كان في بلد يباع فيه ويشتريه الناس.

(ولو وكل بشراء عبدين بعينهما) ولم يسم ثمناً **(فشرى أحدهما.. جاز)**؛ لأن التوكيل مطلق عن قيد شرائهما متفرقين أو مجتمعين، وقد لا يتفق الجمع بينهما في الشراء، فيجوز شراء أحدهما إلا فيما لا يتغابن الناس فيه؛ فإنه لا يجوز؛ لأن التوكيل

وَكَذَا إِنْ وُكِّلَ بشرائهما بِأَلفٍ، وقيمتُهُما سَوَاءٌ، فشرى أَحدَهُمَا بنصفِهِ أَو بِأَقَلَّ، وَإِن بِأَكْثَرَ.. لَا.

وَقَالا: يجوزُ أَيْضاً إِن كَانَ مِمَّا يُتَغَابَنُ فِيهِ، وَقد بَقِي مَا يَشْتَرِي بِمثلِهِ الآخرِ، فإِنْ شرى الآخرَ بِمَا بَقِي قبلَ الْخُصُومَةِ جَازَ اتِّفَاقًا، فَإِن قَالَ الْوَكِيلُ بشرَاءِ عبدٍ غيرِ عينٍ بِأَلفٍ: شريتُهُ بِأَلفٍ، وَقَالَ الْمُوكِّلُ: بِنصفِهِ، فَإِن كَانَ قد دفع إِلَيْهِ الْألف.. صُدِّق الْوَكِيل إِن سَاوَى الْألفَ، ....

بالشراء لا يحتمل الغبن الفاحش بالإجماع، بخلاف التوكيل بالبيع؛ فإن أبا حنيفة يجوِّز البيع بغبن فاحش.

(**وكذا إن وكل بشرائهما**) بعينهما (**بألف وقيمتهما سواء، فشرى أحدهما بنصفه أو بأقل، وإن بأكثر**) من النصف (.. **لا**) يلزم الآمر عند أبي حنيفة، بل ينفذ على الوكيل؛ لأن الآمر قابل الألف بهما، وقيمتهما سواء فيقسم الألف بينهما نصفين دلالة، فكان أمراً بشراء كل واحد خمسمائة، ثم الشراء بذلك موافقة للآمر، وبأقل منهما مخالفة إلى خير.. فجاز، وبالزيادة مخالفة إلى شر؛ قليلة كانت الزيادة أو كثيرة.. فلم يجز، إلا أن يشتري الباقي ببقية الألف قبل أن يختصما؛ فإنه يجوز حينئذ استحساناً.

(**وقالا: يجوز** [٣٣٠/أ] **أيضاً**)؛ أي: فيما إذا اشترى أحدهما بأكثر من نصف المسمى (**إن كان مما يتغابن**) الناس (**فيه، وقد بقي**) من الألف المسمى (**ما يشتري بمثله الآخر**)؛ لأن التوكيل وإن حصل مطلقاً.. لكنه يتقيد بالمتعارف، وهو فيما يتغابن الناس فيه، لكن لا بد أن يبقى من الألف ما يشتري به الباقي فيحصل غرض الآمر.

(**فإن شرى الآخر**) بمثل (**ما بقي قبل الخصومة.. جاز اتفاقاً**) في الاستحسان؛ لحصول غرض الآمر.

(**فإن قال الوكيل بشراء عبد غير عين بألف: شريته بألف، وقال الموكل: بنصفه؛ فإن كان قد دفع إليه الألف.. صدّق الوكيل إن ساوى**) العبد المشترى (**الألف**)؛ لأنه

أمين، وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة، والآمر يدعي عليه ضمان النصف وهو ينكر، والقول للمنكر، وإن كان العبد يساوي نصف الألف.. فالقول للآمر؛ لأن الوكيل خالف إلى شر؛ حيث اشترى عبداً يساوي نصف الألف، والأمر يتناول ما يساوي الألف فيضمن.

واعلم: أن الوكيل يقبل قوله بيمينه في براءة ذمته فيما يدعيه:

إلا الوكيل بقبض الدين إذا ادعى بعد موت الموكل أنه اشترى لنفسه وكان الموكل نقد إليه الثمن.

وإلا فيما إذا قال بعد عزله: «بعته أمس» وكذبه الموكل.

وإلا فيما إذا قال بعد موت الموكل: «بعته من فلان بألف درهم وقبضتها وهلكت» وكذبه الورثة في البيع.. فإنه لا يصدق إذا كان المبيع قائماً بعينه.

بخلاف ما إذا كان هالكاً، كذا في وكالة «الأشباه» نقلاً عن «الولوالجية»، وهكذا ذكره في المداينات أيضاً.

وقال في «العمادي» أيضاً: إن قال الوكيل بقبض الدين: كنت قبضت في حياة الموكل ودفعتها إليه.. لم يصدق على ذلك؛ لأنه أخبر عما لا يملك إنشاءه، فكان متّهماً في إقراره، وقد انعزل بموت الموكل، وهكذا ذكره في «الفصولين» أيضاً.

ثم بحث فيه وقال على قياس هذا: ينبغي أن لا يصدق الوكيل بقبض وديعة أو عارية لو أقرّ بعد موت موكله: إني كنت قبضته في حياته ودفعته إليه، مع أنه يصدق فيه. انتهى.

وأجاب عنه في «الأشباه» ببيان الفرق بينهما: بأن الوكيل بقبض الدين يريد إيجاب الضمان على الميت؛ إذ الديون تقضى بأمثالها، بخلاف الوكيل بقبض العين؛ فإنه يريد نفي الضمان عن نفسه.

وقال في «التاتارخانية»: إنه لم يصدق.

وَإِن لم يكن دَفعهَا فَإِن سَاوَى نصفهَا.. صُدِّق الْمُوكلُ، وَإِن ساواها.. تحَالفا، وَالْعَبْدُ لِلْمَأْمُور،..

وإن كان المقبوض من الدين هالكاً.. فرقوا بين هذا وبين الوكيل بقضاء الدين؛ إذا قال بعد موت الموكل: كنت دفعت الدين إلى الطالب قبل أن يموت الموكل، والورثة قالوا: دفعت بعد موت [٣٠٠/ب] أبينا، والمال هالك.. فإن هناك القول قول الوكيل.

واعلم: أن قول صاحب «الأشباه»: «أن الوكيل بقبض الدين إذا ادعى بعد موت الموكل أنه كان قبضه في حياته ودفعه إليه؛ فإنه لا يقبل قوله إلا ببينة».. ليس على إطلاقه، بل هو في حق براءة ذمة المديون لا في براءة ذمة نفسه؛ لأنه يقبل قوله بلا بينة مع يمينه في حق براءة نفسه؛ كما في حال حياة الموكل، وأما المديون.. فلا تبرأ ذمته بقول الوكيل: أخذت منه ودفعته إلى موكلي في حياته بلا بينة على أخذه منه ودفعه إليه، وللوارث المؤاخذة له بالدين، ما لم يقم البينة على الدفع، وتفصيل هذا مذكور في شرحنا على «الأشباه» في كتاب الوكالة، فليراجع.

(**وإن لم يكن دفعها**)؛ أي: الألف؛ (**فإن ساوى**) العبد (**نصفها.. صدق الموكل**) لمخالفة الوكيل إلى شر، وهو يدعي على الموكل الزيادة، والموكل ينكرها، والظاهر شاهد له.

(**وإن ساواها**)؛ أي: ساوى العبد الألف (**.. تخالفاً**)؛ لأنهما بمنزلة البائع والمشتري؛ للمبادلة الحكمية بينهما على ما تقدم.

وقد وقع الاختلاف في الثمن، وموجبه: التحالف.

إذا تحالفا.. فسخ العقد الحكمي، (**والعبد للمأمور**).

فإن قيل: إن الوكيل إذا قبض الثمن فوقع الاختلاف بينهما.. اعتبرت المخالفة والأمانة كما مر، وإذا لم يقبض.. اعتبر فيه المخالفة والمبادلة، فما الحكمة في ذلك؟

وَكَذَا فِي معيّنٍ لم يسم لَهُ ثمناً فشراهُ، وَاخْتلفَا فِي ثمنه، وَلَا عِبْرَةَ لتصديقِ البَائِعِ فِي الْأَظْهرِ.

أجيب: بأن في الأول: سبقت المبادلة، والسبق من أسباب الترجيح فاعتبرت فيه، بخلاف الثاني.

(**وكذا**)؛ أي: القول للمأمور مع التحالف (**في**) التوكيل بشراء (**معين لم يسمّ له ثمناً، فشراه واختلفا في ثمنه، ولا عبرة لتصديق البائع**) المأمور (**في الأظهر**)، فلا يسقط اليمين عن المأمور بتصديق البائع له.

وقال الهندواني: يسقط؛ يعني: رجل وكّل رجلاً بشراء هذا العبد ولم يسم ثمناً، فقال المأمور: اشتريته بألف، وصدقه البائع، وقال الآمر: لا، بل بنصفه.. يكون القول للمأمور مع التحالف؛ لأنهما اختلفا في الثمن، وموجبه: التحالف، ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما حكماً، فيكون العبد للمأمور، وهذا معنى قولهم: «القول للمأمور مع الحالف».

وقال أبو جعفر الهندواني: لا تحالف بينهما، والقول للوكيل؛ لأن تصديق البائع الوكيل رفع الخلاف بين الوكيل والموكل، واختلفوا في التصحيح:

صحح صاحب «الهداية» و«الكافي» الأول، وهو المروي عن الإمام أبي منصور، وهو مختار المصنف.

وصحح الإمام قاضي خان قول أبي جعفر.

أشار بقوله: «لم يسمّ له ثمناً» إلى أن المسألة فيما إذا اتفقا على عدم تسمية الثمن، وأما إذا اختلفا [٣٠١/أ] في تسميته، فقال الآمر: «أمرتك بالشراء إلى خمسمائة، وقال المأمور: أمرتني بألف.. فالقول ههنا قول الآمر مع يمينه؛ لأن ذلك يستفاد من جهته، فكان القول قوله، ويلزم العبد المأمور لمخالفته.

فإن أقاما البينة.. فبينة الوكيل أولى؛ لأنها أكثر إثباتاً.

فإن قيل: قد تقرر في «البحر» وغيره: أنه لو دفع إلى غيره مالاً ليدفعه إلى آخر،

فدفعه، ثم اختلفا، فقال الآمر: إنما أمرتك بدفعه إلى غيره، وقال المأمور: أمرتني بالدفع إليه.. فالقول قِول المأمور، ولا ضمان عليه؛ لكونه أميناً، مع أن الأمر مستفاد من جهة الآمر، فينبغي أن يكون القول قوله كما في المسألة السابقة، على أنه ليس كذلك.

أجيب عنه: بأن الآمر في المسألة الأولى: هو الدافع عن نفسه ضمان الزيادة، وفي المسألة الثانية: الدافع هو المأمور، ففي المسألتين.. كان القول للدافع.

إذا أتقنت هذا.. تعرف عدم صحة ما ذكره «الزيلعي» في هذه المسألة؛ حيث قال: «وهذا فيما إذا اتفقا على أنه أمره بأن يشتريه له بألف»، وهذا لأن المسألة في عدم تسمية الثمن كما ترى.

* * *

(فَصْلٌ)

لَا يَصحُّ عقدُ الْوَكِيلِ بِالْبيعِ أَو الشِّرَاءِ مَعَ من تُرَدُّ شَهَادَته لَهُ.

وَقَالا: يجوزُ بِمثْلِ الْقيمَةِ إِلّا فِي العَبْدِ وَالْمكَاتبِ.

(فَصْلٌ)

(**لا يصح عقد الوكيل بالبيع أو الشراء**) أو بهما معاً، والمراد بالوكيل ههنا: هو الوكيل المطلق عن التقييد بعموم المشيئة؛ لأنه لو قال له: بع ممن شئت.. فإنه يجوز بيعه منهم بمثل القيمة اتفاقاً، وعدم الصحة ههنا مقيد أيضاً بما إذا لم يكن البيع منهم بأكثر من القيمة؛ فإن كان بأكثر.. يجوز اتفاقاً أيضاً.

وإن كان بأقل بغبن فاحش.. لا يجوز اتفاقاً.

وإن كان بغبن يسير.. لا يجوز عنده، ويجوز عندهما.

وإن كان بمثل القيمة.. ففيه روايتان عن أبي حنيفة، كذا في «البحر»، وهو المذكور في «الذخيرة».

وذكر في «شرح الطحاوي»: أن بيع الوكيل وشراؤه مع من ترد شهادته له بغبن يسير: غير جائز بالاتفاق.

(**مع من ترد شهادته له**) من أبيه، وجده، وولده، وولد ولده، وزوجته، وعبده، ومكاتبه، ومدبره، وأم ولده.

وفي «القنية»: الوكيل بالبيع يبيع ممن أحبّ إلا من ثمانية نفر:

أربعة بالاتفاق: عبده المأذون، ومكاتبه، وولده الصغير، وولد مكاتبه.

وأربعة عند أبي حنيفة خلافاً لهما: ولده الكبير، وولد ولده الكبير، ووالده، وزوجته، وكذا زوجها إن كان الوكيل امرأة.

(**وقالا: يجوز بمثل القيمة إلا في العبد**) الذي لا دين عليه؛ إذ لو كان مديوناً.. يجوز على ما في «البحر» عن «المبسوط» و«المعراج».

(**والمكاتب**)، أشار «بمثل القيمة» إلى أنه لا يجوز بغبن يسير [٣٠١/ب] بالاتفاق

كما في الغبن الفاحش، وهو المذكور في «شرح الطحاوي»، والمذكور في «الذخيرة»: أنه يجوز باليسير على ما ذكرناه من قبل.

والحاصل: أن عقد الوكيل بالبيع والشراء مع من ترد شهادته له؛ إن كان بأكثر من القيمة في البيع وبأقل منها في الشراء.. جائز بلا خلاف.

وعكسه.. غير جائز بلا خلاف.

وبغبن يسير.. غير جائز في رواية «شرح الطحاوي»، وجائز في رواية «الذخيرة» عندهما.

وكذا جائز عندهما بمثل القيمة، وهو رواية عن أبي حنيفة، وغير جائز عنده في رواية أخرى.

لهما في الخلافية: أن التوكيل مطلق عن التقييد بشخص، والمطلق يُعمَل بإطلاقه ما لم يمنع مانع، والمانع هٰهنا - وهو التهمة - منتفٍ؛ لتباين الأملاك وانقطاع المنافع، بخلاف العبد؛ لأنه بيع من نفسه؛ لأن ما في يد العبد للمولى.

وكذا للمولى حق في كسب المكاتب، حتى لا تصح تبرعاته، وإنه ينقلب حقيقة الرق بالعجز، فصار كالعبد.

ولأبي حنيفة: أن التوكيل وإن كان مطلقاً، لكن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات، والتهمة موجودة هٰهنا، بدليل عدم قبول شهادته، ولأن المنافع بينهم متصلة، فصار بيعاً من نفسه من وجه، فكان فيه تهمة إيثار العين.

والإجارة والصرف والسلم على هذا الخلاف، كذا في «العناية».

وقال في «النهاية»: بيع المضارب وشراؤه ممن لا تقبل شهادته له، على هذا التفصيل المذكور، إلا أنه إذا كان بمثل القيمة.. يجوز هنا باتفاق الروايات.

وقال في «البزازية»: بيع الوكيل ممن لا تقبل شهادته بأكثر من قيمته.. يجوز، وبالمثل.. لا يجوز.

وفي رواية: المضارب يجوز بالمثل، والخلاف في الغبن اليسير، والمضارب في هذا كالوكيل الخاص عند الإمام، لا يجوز بالغبن اليسير، وبمثل القيمة يجوز في الروايات كلها.

فأبو حنيفة: فرق بين الوكيل الخاص، والمضارب على رواية الوكالة.

واعلم: أنه ينبغي أن يعلم ههنا من يعفى منه الغبن الفاحش ومن لا يعفى؛ فقال في «البزازية»: **إن من المتصرفين من يعفى منه اليسير لا الفاحش**؛ كالأب والوصي والجد في مال الصغير والمتولي في الوقف.

ومنهم من يعفى اليسير إجماعاً، وفي الفاحش خلاف؛ كالمكاتب والمأذون، يعفى الفاحش عنده، خلافاً لهما. البيع والشراء فيه سواء.

ومنهم من لا يعفى الفاحش في الشراء إجماعاً، ويعفى في بيعه عنده، خلافاً لهما؛ كالمضارب وشريك العنان والمفاوض والوكيل بالبيع المطلق.

ومنهم من لا يعفى اليسير أيضاً؛ كالمريض في مرض الموت عليه دين مستغرق لا يعفى عنه اليسير، [٣٠٢/أ] ويعفى اليسير عن وصيته إذا باع بتركته لقضاء دينه.

وكذا إذا باع من وارثه عنه من يجوز البيع منهم بمثل القيمة بغبن يسير.. لا يجوز إلى أن يبلغ التمام، وعنده بالتمام وبالزائد أيضاً: لا، بلا إجازة الورثة.

وإن باع المضارب أو الوصي ممن لا تقبل شهادته له.. لا يعفى اليسير أيضاً. انتهى.

وفي «العمادية»: نقلاً عن «فوائد» صاحب «المحيط»: قيّم الوقف إذا باع الوقف ممن لا يقبل به له.. لا يجوز عند أبي حنيفة، وكذا إذا آجر منه، وكذا الوصي، وقيل: يجوز في الوصي. انتهى.

وأشار المصنف إلى أن بيع الوكيل من نفسه لا يجوز بطريق الأولى؛ لأن الواحد لا يكون بائعاً ومشترياً فيبيعه من غيره ثم يشتريه منه، كذا في «البزازية».

وَالْوَكِيلُ بِالْبيعِ يجوزُ بَيْعُهُ بِمَا قلَّ أَو كَثُرَ وبالعَرْضِ.
وَقَالا: لَا يجوزُ إِلّا بِمثلِ الْقيمَةِ وبالنقودِ.

ثم قال فيها: وإن أمره الموكل أن يبيعه من نفسه أو أولاده الصغار، أو ممن لا تقبل له شهادته فباع منهم.. جاز، وبيعه من أب الموكل أو ابنه أو مكاتبه أو عبده المديون أو وكيل العبد باعه من مولاه.. جاز. انتهى.

وإلى هذا أشار المصنف بقوله: (**والوكيل بالبيع يجوز بيعه بما قل أو كثر**) وإن كان مما لا يتغابن الناس فيه إلا في الصرف؛ لما في «الخلاصة»: الوكيل ببيع الدينار بالدراهم إذا باع بما لا يتغابن الناس فيه بمثله.. لا يجوز بالإجماع، وهكذا في «البزازية» أيضاً.

(**وبالعرض**) هذا عند أبي حنيفة.

(**وقالا: لا يجوز إلا بمثل القيمة**) لا بأقل أو أكثر.

(**وبالنقود**) لا بالعرض؛ لأن الأمر المطلق يتقيد بالمتعارف؛ لأن التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها، والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود، ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم بأيام البرد، والجمد بأيام الصيف، والأضحية بأيام النحر أو قبلها من تلك السنة، حتى لو اشتراها في السنة الآتية.. لا يلزم الآمر، ولأن البيع بغبن فاحش: بيع من وجه، هبة من وجه، حتى لو حصل من المريض.. يعتبر من الثلث، والأب والوصي لا يملكانه.

وكذا المقايضة: بيع من وجه، وشراء من وجه، فلا يتناوله مطلقاً اسم البيع؛ لأن المطلق ينصرف إلى الكامل.

ولأبي حنيفة: أن التوكيل بالبيع مطلق، فيجري على إطلاقه في غير موضع التهمة، فيتناول كلّ ما يطلق عليه اسم البيع، والبيع بالغبن وبالعرض متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن لتجارة رائجة أو لغيرها، وعند ذلك.. لا يبالي بقلة الثمن وكثرته، فكان العرف مشتركاً لا يصلح دليلاً لأحد الخصمين، ومسائل الفحم

وَيجوز بَيْعُهُ بِالنَّسِيئَةِ، ....

والجمد والأضحية مطلقة عند أبي حنيفة، وإنما رويت على الوجه المقيد عن أبي يوسف، والبيع بالغبن أو العرض: بيع من كل وجه عنده [٣٠٢/ب]، حتى إنّ من حلف لا يبيع.. يحنث به.

فإن قيل: إنه لو كان بيعاً من كل وجه.. لكان يملكه الأب والوصي.

قلنا: إن كلامنا في الأمر المطلق بالبيع، وهما ليسا بمأمورين، ولو سلم، لكن ليس أمرهما مطلقاً، بل مقيد بشرط النظر، ولا نظر فيه.

ولا نسلم أن المقايضة بيع من وجه، شراء من وجه، بل هو بيع من كل وجه، وشراء من كل وجه؛ لوجود حد كل منهما فيه، وهو: مبادلة مال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب.

(ويجوز بيعه)؛ أي: الوكيل بالبيع **(بالنسيئة)**؛ أي: أجل؛ كان متعارفاً عند التجار في تلك السلعة، أو كان غير متعارف فيها كالبيع إلى خمسين سنة. هذا عند أبي حنيفة.

وعندهما: يتقيد بأجل متعارف.

ووجه الطرفين: ما ذكرناه من قبل.

وقال في «البزازية»: وللوكيل بالبيع أن يبيع بالنسيئة ويأخذ رهناً وكفيلاً.

ثم قال فيها نقلاً عن «المنتقى»: عن أبي يوسف: أن الوكيل إنما يملك البيع نسيئة إذا كانت الوكالة للتجارة؛ أما إذا كانت للحاجة كالمرأة تعطي غزلها للبيع.. لم يملك البيع نسيئة، وبه يفتى؛ فإن تقييد المطلق بدلالة الحاجة أمر شائع فائض، ومن جوز النسيئة إنما يجوزه بالأجل المتعارف؛ فإن طول الأجل.. لا يجوز.

وقيل: يجوز عنده وإن طالت المدة.

وعندهما: إلا بأجل متعارف في تلك السلعة.

ثم قال فيها نقلاً عن «العيون»: قال: بعه بالنقد، فباعه بنسيئة.. جاز.

وَبيعُ نصفِ مَا وُكِّل بِبيعِهِ، وَأَخذُه بِالثّمنِ كَفِيلاً أَو رهناً، فَلَا يضمنُ إِنْ تَوي مَا على الْكَفِيلِ، ....

قال: لا تبع إلا بالنقد، فباع بالنسيئة.. لا يجوز.

قال: بعه بالنسيئة بألف، فباعه بألف.. فقد صح؛ لحصول الغرض، وبأقل من ألف.. لا يجوز. انتهى.

فإطلاق المصنف: يشمل ما كان بأخذ الرهن والكفيل، وما لم يكن كذلك، لكنه لا بد من تقييده بالتجارة؛ احترازاً عما يكون للحاجة.

ويشمل أيضاً: ما كان يقيد بالنقد وما لم يقيد به.

قال: تقييده بالنقد لا ينافي البيع نسيئة ما لم يقل: «لا تبع إلا بالنقد» لما ترى في «العيون».

لكنه قال في «الكافي»: الوكيل بمطلق البيع يملك النسيئة عندنا، خلافاً للشافعي.

فالظاهر منه: أنه لو قيد البيع بالنقد.. لا يملك البيع بالنسيئة.

وفي «الزيلعي»: لو قال: بعه واقض ديني أو للنفقة أو نحو ذلك، وباعه بالنسيئة.. لا يجوز. انتهى.

وهذا بناء على عدم كونه للتجارة، بل للحاجة.

(و) يجوز (بيع نصف ما وكل ببيعه)، وهذا عند أبي حنيفة.

وقالا: لا يجوز، إلا إن باع الباقي قبل الخصومة على ما سيأتي.

(و) يجوز (أخذه)؛ أي: الوكيل بالبيع (بالثمن كفيلاً أو رهناً)؛ لأن استيفاء الثمن إلى الوكيل، فيملك أخذهما توقفاً للثمن.

(فلا يضمن) الوكيل (إن نوى ما على الكفيل) من الثمن، وذلك بأن مات الكفيل والمكفول عنه مفلساً، أو رفع الحادثة إلى قاض [٣٠٣/أ] يرى براءة الأصيل بنفس الكفالة - كما هو مذهب مالك - فحكم ببراءة الأصيل، ثم مات الكفيل مفلساً.

أَو ضَاعَ الرَّهْنُ فِي يَدِهِ.

وَلَو وهبَ الثّمنَ من الْمُشْتَرِي، أَو أَبرَأَهُ مِنْهُ، أَو حطّ مِنْهُ.. جَازَ وَيضمن.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: لَا يجوزُ، وَكَذَا الْخلافُ لَو أَجلّه، ....

(**أو ضاع الرهن في يده**)؛ لأن المرء لا يؤاخذ بفعل ما يملك أن يفعله شرعاً.

ولو أمره أن يبيع برهن أو كفيل ثقة، فباعه بدونهما.. لا يجوز.

ولو اختلفا في اشتراطه.. فالقول للموكل؛ كما لو قال: أمرتك بغير هذا الثمن.. فالقول له كذا في «البزازية».

(**ولو وهب**) الوكيل بالبيع (**الثمن من المشتري أو أبرأه منه أو حطّ**) بعيب أو بغير عيب - كذا في «قاضي خان» - (**منه.. جاز**) عند أبي حنيفة ومحمد؛ لكونه عاقداً.

(**ويضمن**) الموكل؛ لكونه مخالفاً لأمره.

(**وعند أبي يوسف: لا يجوز**)؛ لعدم إذنه.

وهذا الخلاف قبل قبض الثمن.

وأما بعد قبضه.. فلا يجوز بالاتفاق؛ لما في «البزازية»: ولو أبرأ الوكيل المشتري عن الثمن.. صح عندهما قبل قبض الثمن وضمن، وبعد قبضه.. لا يملك الحطّ والإبراء والإقالة، كذا في «قاضي خان».

وقال في «الخلاصة» و«البزازية»: ثقة الوكيل قبض الثمن، ثم وهب أو حط؛ إن أضاف إلى المقبوض بأن قال: وهبت منك هذا الثمن.. لا يصح إجماعاً، وإن أطلق بأن قال: وهبت منك ثمن هذا العبد.. صحّ؛ كما لو كان قبل قبض الثمن. انتهى.

(**وكذا الخلاف لو أجله**)؛ أي: لو باع الوكيل نقداً، ثم أجل الثمن.. صح عندهما، ويضمن عند أبي يوسف على ما في شرح «النقاية» للقهستاني.

وليس محل الخلاف بيع الوكيل بالنسيئة ابتداء؛ لأن ذكره قد تقدم.

أَو قَبِلَ بِهِ حِوَالَةً.

قال في «قاضي خان»: تأجيل الوكيل بالبيع الثمن: لم يذكر في «الأصل»، واختلف فيه:

قيل: إنه يجوز في قول أبي يوسف أيضاً؛ كما لو باع بثمن مؤجل ابتداء.

وقيل: إنه لا يجوز عنده، لأن من أصل أبي يوسف: أن كل تصرف يصير به الوكيل ضامناً في قول أبي حنيفة ومحمد.. فهو لا ينفذ في قول أبي يوسف.

(**أو قبل به حوالة**)؛ يعني: باع الوكيل ما وكل ببيعه وأحاله المشتري بالثمن على الغير وقبل الوكيل الحوالة.. يجوز عندهما - لا عند أبي يوسف - للموكل أن يضمن الثمن من الوكيل على قولهما، وليس له ذلك على قول أبي يوسف؛ لعدم براءة المشتري عن الثمن عنده.

وهذا الخلاف فيما إذا لم يكن الموكل قال للوكيل: ما صنعت من شيء.. فهو جائز ونحوه.

فإن كان قال له ذلك.. فللوكيل أن يحتال بالثمن عند الكل، كذا في «قاضي خان».

وهل للوكيل هبة الثمن للمشتري وحطه وإبراؤه وإقالته بعدما قبل به حوالة كما ليس ذلك بعد قبض الثمن؟

قلت: لا؛ لما في «البزازية»: وبعدما قبل بالثمن حوالة.. لا يصح كلّ من الحطّ والإبراء والإقالة، كما لا يصح بعد الاستيفاء.

وهل للوكيل حوالة موكله على مشتريه [٣٠٣/ب] بالثمن كما أن للمشتري حوالة الوكيل على الغير بالثمن؟

ففي «البزازية»: وإن أحال الوكيل البائعُ موكلَه على مشتريه بالثمن.. جاز، ويكون هذا وكالة لا حوالة؛ لأنه ليس للموكل شيء على وكيله حتى يكون حوالة.

وهل للمشتري حوالة الموكل على وكيله بالثمن؟

وَلَو أقاله.. صَحَّ، وَسقطَ الثّمنُ عَن المُشْتَرِي وَلزِمَ الْوَكِيلَ.
وَعند أَبِي يُوسُفَ: لَا يسْقطُ عَن المُشْتَرِي.

ففي «البزازية» أيضاً: الوكيل البائع لو أحيل الثمن عليه؛ بأن أحال المشتري الموكل على الوكيل بشرط براءة المشتري.. فالحوالة باطلة، ولا يبرأ المشتري.

(ولو أقاله)؛ أي: أقال البيع؛ يعني: الوكيل بالبيع؛ لأن الوكيل بالشراء لا يملك الإقالة، على ما صرح به في «الخلاصة» و«البزازية».

(.. صح) الإقالة إن لم يقبض الثمن من المشتري أو لم يحل رجلاً على قبضه، وإلا.. فلا يصح إقالته؛ لما في «الخلاصة»: والوكيل بالبيع لو أحال رجلاً على المشتري ليأخذ الثمن، ثم أقال.. لا يصح؛ كما إذا استوفى الثمن.

لكن هذا: إذا كان للمحتال على الوكيلِ المحيلِ دينٌ.. فيصير قاضياً دين نفسه، فيضمن للموكل.

وأما إذا لم يكن عليه دين.. فهو وكالة في القبض، فلا يمنع صحة الإقالة. انتهى.

فعلم منه: أن الوكيل بالبيع لو أحال موكله على المشتري بالثمن، ثم أقال قبل قبضه.. صحت الإقالة، بخلاف ما لو أحال غيره ممن له دين عليه، ثم أقال.. لا يصح.

(وسقط الثمن عن المشتري)؛ لأن العقد قد انفسخ بالإقالة، فلم يبق في ذمة المشتري شيء.

وأشار بلفظ السقوط إلى ما ذكرناه من أن الإقالة إنما تصح قبل قبض الثمن لا بعد.

(ولزم) الثمن (الوكيل)؛ يعني: يضمنه للموكل.

(وعند أبي يوسف: لا يسقط) الثمن (عن المشتري)؛ لأن الوكيل صار مشترياً لنفسه بالإقالة على ما هو الأصل عنده في الإقالة، فيكون الثمن متقرراً في ذمة

المشتري؛ لكون البيع ملكه بالإقالة.

وهل تصح إقالةِ الوكيل بالسلم؟

ففي «قاضي خان»: والوكيل بالسلم والوصي والأب المتولي: كالوكيل بالبيع. انتهى.

وهل تصح إقالة الموكل في السلم؟

ففي «الخلاصة» و«البزازية»: ولو أقال الموكل السلم.. صح.

وأما الوكيل بالإجارة إذا فسخ العقد.. فهل يصح فسخه؟

ففي «البزازية»: والوكيل بالإجارة إذا فسخ العقد.. صح بعد الإجارة لا بعد مضي المدة، وبعد قبض الأجرة؛ ديناً كانت الأجرة أو عيناً.

ولو ناقض وكيل المستأجر رب الأرض، والأرض في يد المؤجر.. جاز، وإن كان في يد الوكيل أو الموكل.. لا يجوز استحساناً؛ كما في الوكيل بالإجارة. انتهى.

وهل يصح إبراء الوكيل بالإجارة المستأجر؟

ففي «قاضي خان»: والوكيل بالإجارة إذا أبرأ المستأجر عن الأجرة أو وهبها منه؛ أن أبرأ عن البعض أو وهب له البعض والأجرة دين.. جاز إجماعاً.

وإن أبرأ عن الكل أو وهب الكل [٣٠٤/أ]؛ إن كانت الأجرة ديناً.. لا تصح في قول أبي يوسف الآخر.

وفي قوله الأول - وهو قول أبي حنيفة ومحمد -: تصحّ اعتباراً لفعل الوكيل بفعل الموكل، ولا تبطل الإجارة.

وإن كانت الأجرة عيناً.. لا تصح حتى يقبل المستأجر.

وإذا قبل.. بطلت الإجارة؛ لأن الأجرة بمنزلة المبيع، والمشتري إذا وهب المبيع من البائع قبل القبض.. لا يصح، ما لم يقبل البائع.

وَالْوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ يجوزُ شِرَاؤُهُ بِمثلِ الْقيمَةِ وَبِزِيَادَةٍ يُتَغَابَنُ بهَا، وَهِي مَا يَقُولُ بِهِ مقوّمٌ، وَقُدِّرَ فِي الْعُرُوضِ: (ده نيم)، وَفِي الْحَيَوَانِ: (ده يازده)، ....

وإذا قبل.. بطل البيع. انتهى.

(**والوكيل بالشراء يجوز شراؤه بمثل القيمة، وبزيادة يتغابن بها**) عادة؛ لعدم تحقق التهمة فيه.

قيل: هذا إذا لم يكن له سعر معروف، وأمّا إذا كان له سعر معروف كالخبز واللحم والعنب ونحوها.. لا يعفى فيه الغبن اليسير وإن قل ولو فلساً واحداً.

وقيل: لا يتحمل فيه الغبن اليسير مطلقاً.

ثم بين معنى الغبن اليسير وقال: (**وهي ما يقوّم به مقوّم**)؛ أي: يدخل تحت تقويم المقومين؛ فما لا يدخل تحت التقويم.. فهو فاحش؛ فلو اشترى الوكيل بالشراء شيئاً بعشرة فامتنع الموكل من أخذه؛ لكونه غالباً عنده فعرض المشترى على المقوّمين، فقوّم بعض بتسعة وبعض بعشرة.. فهو داخل تحت التقويم، فيكون الغبن يسيراً، فيلزم الموكل.

وإن لم يقوّم أحد أصلاً بعشرة.. يكون فاحشاً؛ لعدم دخوله تحت التقويم، فيلزم الوكيل.

وقال في «العناية» نقلاً عن شيخ الإسلام: هذا التحديد لليسير فيما لم يكن له قيمة معلومة في البلد كالعبيد والدواب، وأما ما له قيمة معلومة كالخبز واللحم وغيرهما فاشتراه الوكيل بالشراء بالزيادة.. لا ينفذ على الموكل وإن قلّت الزيادة كالفلس مثلاً؛ لأن هذا مما لا يدخل تحت التقويم؛ إذ الداخل تحته: ما يحتاج فيه إلى التقويم، ولا حاجة ههنا؛ للعلم به، فلا يدخل تحته.

(**وقُدِّرَ**) على صيغة المجهول؛ أي: قدر بعضهم الغبن اليسير:

(**في العروض: ده نيم**)؛ أي: نصف عشر القيمة.

(**وفي الحيوان: ده يانزده**) عشر القيمة.

وَفِي الْعقارِ: (ده دوازده).

لَا بِمَا لَا يتَغَابَنُ بهَا.

وَلَو وُكِّل بِبيعِ عبدٍ فَبَاعَ نصفه.. جَازَ.

وَقَالا: لَا يجوزُ ....

(وفي العقار: ده دوانزده) خمس القيمة؛ فإن كانت الزيادة إلى هذا المبلغ.. كان يسيراً؛ لأن الغبن يزيد بقلة التجربة وينقص بكثرتها، وقلّتها وكثرتها بقلة وقوع التجارات وكثرتها.

ووقوعها في القسم الأول: كثير، وفي الأخير: قليل، وفي الأوسط: متوسط.

وعشرة دراهم: نصاب يقطع به يد محترمة، فجعل أصلاً، والدرهم مال يحبس لأجله؛ فقد لا يتسامح به في المماكسة، فلم يعتبر فيما كثر وقوعه يسيراً.

والنصف من النصفة.. فكان يسيراً، وضوعف بعد ذلك بحسب الواقع؛ فما كان أقل وقوعاً منه.. اعتبر ضعفه، وما كان أقل من الأقل.. اعتبر ضعف ضعفه.

(لا بما)؛ أي: لا يجوز بزيادة **(لا يتغابن بها)** [٣٠٤/ب]؛ لأن التهمة تتحقق، ولعله اشتراه لنفسه؛ فإذا لم يوافقه أو وجده خاسراً.. ألحقه بغيره.

حتى لو كان وكيلاً بشراء شيء بعينه فاشتراه بغبن فاحش.. ينفذ على الموكل عند عامة المشايخ؛ لعدم تحقق التهمة فيه؛ لأنه لا يملك أن يشتريه لنفسه، وهو الصحيح.

وكذا الوكيل بالنكاح إذا زوّج موكله امرأة بأكثر من مهر مثلها.. جاز عنده؛ لعدم تحقق التهمة فيه أيضاً؛ لأنه لا بد له من الإضافة إلى الموكل في العقد.

وفي «البزازية»: وكّله أن يبيع عبده بألف، وقيمته كذلك، ثم زادت قيمته إلى ألفين.. لا يملك بيعه بألف. انتهى.

(ولو وكل ببيع عبد فباع نصفه.. جاز) عند أبي حنيفة، **(وقالا: لا يجوز)**؛ لأن التوكيل به ينصرف إلى المتعارف، وبيع النصف غير متعارف؛ لما فيه من ضرر الشركة.

إِلّا إِنِ بَاعَ الْبَاقِي قبلَ الْخُصُومَةِ، وَهُوَ اسْتِحْسَانٌ.

وإِنْ وُكِّلَ بشرَاءِ عبدٍ فَاشْترى نصفَه.. لَا يلْزمُ الْمُوكِّلَ إِلّا إِنِ اشْترى بَاقِيَهُ قبلَ الْخُصُومَةِ اتِّفَاقًا.

(**إلّا إن باع الباقي قبل الخصومة**)؛ لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى امتثال الأمر بأن لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج إلى التفريق؛ فإذا باع الباقي قبل نقض البيع الأول.. تبين أنه وقع وسيلة إلى الامتثال، وإن لم يبع.. ظهر أنه لم يقع وسيلة، فلا يجوز.

ولأبي حنيفة: أن اللفظ مطلق عن قيد: الاقتران، والاجتماع، والكل، والبعض، فيجري على إطلاقه، ألا ترى: أنه لو باع الكل بثمن النصف.. جاز عنده، وإذا باع النصف به.. كان أولى.

(**وهو استحسان**) عندهما، ووجهه: ما ذكرناه، والقياس: قول أبي حنيفة، هكذا ذكره في «الهداية».

والذي ظهر منه: ترجيح قول الإمامين.

(**وإن وكّل بشراء عبد، فاشترى نصفه.. لا يلزم الموكل، إلا إن اشترى باقيه قبل الخصومة اتفاقاً**)؛ لما مر من قبل من وجه الإمامين.

والفرق لأبي حنيفة بينهما وبين ما مر من مسألة الوكيل بالبيع: أن التهمة في الشراء متحققة، على ما ذكرناه.

وفيما يتغابن فيها: غير متحققة في البيع؛ لأن الأمر بالبيع يصادف ملكه، فيصح، فيعتبر فيه؛ لإطلاقه، فيملك بيع كله أو نصفه.

وأما الأمر بالشراء.. فإنه يصادف ملك الغير، فلم يصح، فلا يعتبر التقييد والإطلاق، بل يعتبر فيه العرف، والعرف: بشراء الكل.

فإن قيل: فعلى هذا: ينبغي أن لا يصح التوكيل بالشراء، لمصادفته ملك الغير.

قلنا: القياس هكذا، لكنا جوزناه استحساناً؛ لحديث الأضحية على ما روينا.

وَلَو رُدَّ الْمَبِيُع على الْوَكِيلِ بِعَيْبٍ بِقَضَاءٍ.. رَدّهُ على آمره مُطلقاً فِيمَا لَا يحدثُ مثلُه.

وَكَذَا فِيمَا يحدثُ مثلُه إِن بِبَيِّنَةٍ أَو نُكُولٍ.

وَإِنْ بِإِقْرَارٍ.. فَلَا، وَلزِمَ الْوَكِيلَ.

(ولو ردّ البيع على الوكيل) بالبيع (بعيب بقضاء.. رده على آمره مطلقاً)؛ أي: سواء كان القضاء ببينة المشتري، أو بنكول الوكيل عن اليمين، أو بإقراره.

(فيما لا يحدث مثله) مطلقاً؛ كالإصبع الزائدة، أو في هذه المدة من الأمراض.

(وكذا)؛ أي: يرده على الآمر (فيما يحدث مثله إن) رد على الوكيل (ببينة أو نكول، وإن بإقرار.. فلا) يملك الرد على الموكل، (ولزم) المردود بالإقرار (الوكيل).

أمر رجلاً ببيع عبده [٣٠٥/أ] فباعه، وقبض الثمن، أو لم يقبض، فرده المشتري على الوكيل بعيب؛ فإما إن رده بقضاء أو بغير قضاء؛ فإن كان الأول.. فلا يخلو:

إما بعيب يحدث مثله، أو لا.

والثاني: إما أن يكون العيب ظاهراً، والقاضي عاين البيع، أو لا.

والثاني لا يحتاج إلى حجة من بينة أو نكول أو إقرار؛ لأن القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع وعاين البيع فيعلم التاريخ، والعيب ظاهر.. فلا يحتاج للرد إلى شيء من تلك الحجج.

والأول: فلا بد فيه من تلك الحجج لا للقضاء؛ بل لأنه إذا لم يعاين البيع.. قد يشتبه عليه تاريخه، فيحتاج إليها لظهوره، وقد لا يكون العيب ظاهراً؛ كالقرن في الفرج، فيحتاج النساء في توجه الخصومة، والرد لا يثبت بقول النساء، وكذا بقول الطبيب، فيحتاج إلى الحجة.

وفي هاتين الصورتين: الرد على الوكيل رد على الموكل، فلا يحتاج إلى رد وخصومة؛ لأن الرد بالقضاء فسخ؛ لعموم ولاية القاضي.

والأول؛ أعني: ما يكون بعيب يحدث مثله؛ فإن رده ببينة أو بنكول يمين..

فكذلك؛ لأن البينة حجة متعدية، والوكيل في النكول مضطر لبعد العيب عن علمه؛ لعدم ممارسته المبيع.. فلزم الآمر.

وإن رده بإقرار.. لزم الوكيل؛ لأن الإقرار حجة قاصرة هو غير مضطر إليه - لأنه أمكنه السكوت - أو لإنكار حتى يعرض عليه اليمين ويقضى بالنكول، لكن له أن يخاصم الموكل، فيلزم ببينة أو بنكول الموكل.

وإن كان الثاني؛ أعني: ما يكون بغير قضاء؛ فإما أن يكون بعيب يحدث مثله أو لا:

فإن كان الأول، وكان رده بإقرار.. لزم الوكيل، وليس له أن يخاصم الموكل.

وإن كان الثاني، وكان الرد بإقراره.. لزم الموكل بغير خصومة في رواية بيوع «الأصل»؛ لأن الرد متعيّن.

وفي عامة «الزيادات»: لا يلزم الموكل، وليس للوكيل أن يخاصم.

وفي «الخلاصة»: والصحيح رواية العامة، والرد بالبينة أو النكول في صورة عدم القضاء غير متصور، كذا في «الهداية» و«العناية»، وهكذا ذكره في بيوع «الخلاصة».

ثم قال: وأما الوكيل بالشراء.. فله أن يرده بالعيب قبل أن يدفعه إلى الآمر استحساناً كالمضارب.

ولو ادعى البائع رضاء الآمر.. لا يمين على الآمر؛ لأنه ما جرى بينهما عقد، ولا يحلف الوكيل؛ لأنه يدعي رضاء الغير.

ولو أقام البينة على رضاء الآمر.. بطل الرد.

ولو أقر الوكيل برضاء الآمر.. جاز إقراره في حقه ولزمه المشترى، إلا أن يرضى الآمر بقوله أو يقيم هو البينة على رضاء الآمر الموكل إذا وجد بالمشترى عيباً بعدما مات الوكيل بالشراء، فالموكل يرد بالعيب. انتهى.

وَلَو بَاعَ بنسيئةٍ وَقَالَ الْمُوكِّلُ: أَمرتُكَ بِالنَّقْدِ، وَقَالَ: بل أطلقت.. صُدِّقَ الْمُوكِّلُ، ....

(ولو باع) الوكيل بالبيع (بنسيئة) بأجل متعارف [٣٠٥/ب] أو غير متعارف، (وقال الموكل: أمرتك بالنقد، وقال) الوكيل: (بل أطلقت) الأمر (.. صدق الموكل)، فينفذ البيع على الوكيل؛ لأن الأمر يستفاد من جهة الموكل، فيكون أعلم بما قاله، فيعتبر.

إلا إذا كان في العقد ما يخالف مدّعاه، وليس بموجود؛ لأن مبنى عقد الوكالة على التقييد حتى يثبت العقد، ما لم يقل: وكلتك ببيع هذا الشيء.

ولو قال: وكلتك بمالي ونحوه.. يحمل على الحفظ.

قال في وكالة «البزازية»: وجملة الأمر ههنا: أن كل ما قيّد به الموكل لا يخلو:

إما أن يكون القيد مفيداً من كل وجه، أو غير مفيداً أصلاً، أو مفيداً من وجه غير مفيد من وجه.

- فإن كان مفيداً من كل وجه.. يلزم رعايته، أكده بالنفي أو لم يؤكده؛ كبيعه بخيار، فباعه بدونه.. لا يصح.
- وإن كان غير مفيداً أصلاً.. لا يلزم رعايته؛ كبيعه بالنسيئة، فباعه بنقد.. يجوز.
- وإن كان مفيداً من وجه دون وجه.. يجب رعايته إن أكده بالنفي، وإن لم يؤكده به.. لا يجب؛ مثاله: لا تبعه إلا في سوق كذا.. يجب رعايته.

بخلاف قوله: بعه بسوق كذا، فباعه في غيره.. يجوز، كما في الوديعة؛ فإنه لو قال: لا تحفظ إلا في هذا البيت.. يلزم الرعاية.

وإن قال: احفظه في هذا البيت.. لا يلزم الرعاية.

وإن عين صندوقاً.. لا يلزم الرعاية وإن أكده بالنفي؛ لعدم كونه مفيداً أصلاً.

والتقييد بالرهن والكفالة: مفيد من كل وجه؛ كالبيع بالخيار.. فلا يجوز خلافه، حتى لو قال الموكل: بعه برهن، أو قال: بعه بكفيل، فباعه بلا رهن وكفيل.. لا

وَفِي الْمُضَارَبَةِ: الْمضَارِبُ.

يجوز، أكده بالنفي أو لا.

والإشهاد من وجه دون وجه؛ فإنه يفيد: عند حضور الشهود وكانوا عدولاً، وغير مفيد عند غيبته وفسقه؛ فإذا أكده بالنفي.. يلزم رعايته؛ بأن قال: لا تبعه إلا عند الشهود، وإن لم يؤكده بالنفي.. لا يلزم رعايته.

وإن قال: بعه نسيئة من فلان، فباعه بأجل من غيره.. لا يجوز؛ لأن التقييد مفيد من كل وجه؛ لأن الذمم متفاوتة، كذا في «البزازية».

وفي «قاضي خان»: لو قال: بعه من فلان، فباعه من غيره.. لا يجوز.

وفي «الخلاصة»: لو قال: بعه بالنقد، فباعه بالنقد والنسيئة، يجوز.

ولو قال: لا تبعه إلا بالنقد، فباعه بالنسيئة.. لا يجوز.

ولو قال: بعه بألف نسيئة، فباعه بالنقد بألف.. يجوز؛ لأنه خلاف إلى خير.

وإن باعه بأقل من ألف.. لا يجوز؛ لكونه خلافاً إلى شر.

ثم قال فيها: الوكيل: إذا خالف أمر الآمر؛ إن كان خلافاً إلى خير في الجنس؛ بأن وكله ببيع عبده بألف درهم فباعه بألف ومائة بنقد، ولو وكّله ببيع عبده بألف درهم فباعه بمائة دينار.. لا ينفذ عليه وإن كان خيراً؛ للاختلاف في الجنس [٣٠٦/أ].

وفي «قاضي خان»: الوكيل بالبيع نسيئة لو باع نقداً.. اختلفوا فيه:

قال محمد بن الفضل: إن باعه نقداً بما يباع بالنسيئة.. جاز، وإن باع بالنقد بأقل مما يباع نسيئة.. لا يجوز.

وقال غيره: يجوز مطلقاً؛ لأن العاجل خير من الآجل.

وقال في «الخلاصة»: لو قال له: بعه إلى أجل، فباعه بالنقد؛ قال الإمام السرخسي: الأصح أنه لا يجوز بالإجماع. انتهى.

(وفي المضاربة: المضارِبُ)؛ أي: لو اختلف المضارب ورب المال في الإطلاق والتقييد.. صدق المضارب؛ لأن الأمر وإن كان مستفاداً من جهة رب

المال.. إلا أن في العقد ما يخالف دعواه؛ لأن الأصل في المضاربة العموم والإطلاق؛ حتى إنّ المضارب يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة، بخلاف ما إذا اختلفا في النوع؛ بأن ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر.. فإن القول حينئذ يكون لرب المال لا المضارب؛ لأنه سقط الإطلاق بتصادقهما، فنزل إلى الوكالة المحضة، وفيها: القول للآمر كما ترى آنفاً.

اعلم: أن الوكيل مع الموكل إذا اختلفا ولم يكن لأحدهما بينة.. فالقول لمن؟

وفيه تفصيل ولنذكر بعضاً منه:

لو اختلفا فقال الموكل: أمرتك أن تبيع بالنقد فبعته بالنسيئة، وقال الوكيل: لا، بل أطلقته.. فالقول للموكل على ما تقدم.

ولو قال الموكل: اشتريتها بخمسمائة، وقال الوكيل: لا، بل اشتريتها بألف؛ فإن كان الموكل قد دفع إلى الوكيل ألفاً.. فالقول للوكيل إن لم يكذبه الظاهر بأن كانت الجارية تساوي الألف، وإن كذبه الظاهر؛ بأن كان قيمة الجارية خمسمائة.. فالقول للموكل.

وكذا القول للموكل إن لم يكن دفع الألف إلى الوكيل، كذا في «الخانية».

ولو قال الموكل: أمرتك أن تبيع بألف درهم، وقال الوكيل: لا، بل أطلقت.. فالقول للموكل.

ولو قال الموكل: أمرتك بالشراء بخمسمائة، وقد اشتريتها بألف، وقال الوكيل: لا، بل أمرتني بألف وقد اشتريتها بألف كما أمرتني.. فالقول قول الموكل.

ولو وكله بشراء معين، ولم يسم له ثمناً، فاشتراه، فقال الوكيل: اشتريته بألف، وصدقه البائع، وكذبه الموكل وقال: بل اشتريته بخمسمائة.. قال الشيخ أبو منصور: يتحالفان.

وقال أبو جعفر الهندواني: لا يتحالفان.

ومختار المصنف هو الأول، وهو الأصح على ما تقدم في آخر باب الوكالة بالبيع والشراء.

وقد تقدم في هذا الباب أيضاً: أن الوكيل إذا قال: اشتريته لك فمات عندي، وقال الموكل: بل اشتريته لنفسك.. فالقول للموكل إن لم يكن دفع الثمن، وإلا.. فللوكيل على ما فصلناه ثمة.

ولو قال الموكل: أمرتك أن تبيع على أنه بالخيار فيه، وقال المأمور: لم تأمرني [٣٠٦/ب] بذلك.. فالقول قول المأمور.

وكذا لو قال: أمرتك أن تبيع بيعاً فاسداً، وقال المأمور: بل أمرتني بيعاً صحيحاً.. فالقول قول المأمور، كذا عن محمد.

وفي «الخانية»: الوكيل بشراء الغلام إذا قال: اشتريت وقضيت الثمن من مالي، وقال الموكل: بل أديت إليك الدراهم.. فالقول قول الوكيل.

وفي «فتاوى أبي الليث»: وكل رجلاً أن يشتري له أخاه، فاشتراه الوكيل وجاء به، فقال الموكل: هذا ليس بأخي، وقال الوكيل: بل هو أخوك.. فالقول قول الموكل مع يمينه، ويلزم العبد الوكيل ويعتق عليه بإقراره.

وفي «المنتقى» عن محمد: أمر رجلاً ببيع داره، فقال المأمور: بعتها بكذا وقضيت الثمن وضاع؛ فإن كان الآمر دفع الدار إلى المأمور وقال الآمر للمأمور: لم تقبض الثمن من المشتري.. فالقول قول المأمور.

وإن لم يكن دفع الدار إليه.. فالقول قول الآمر.

وعن أبي يوسف مثل هذا في العبد أيضاً.

وفي «الخلاصة» و«البزازية»: لو اختلف الوكيل مع الموكل في اشتراط الرهن والكفالة في البيع.. فالقول قول الموكل.

وكذا لو قال الموكل: أمرتك بغير هذا الثمن.. فالقول له.

وَلَا يَصحُّ تصرُّفُ أَحدِ الوكيلَينِ وَحدَه فِيمَا وُكِّلا بِهِ، ....

وفي «الحاوي»: وكل رجلاً بأن يكاتب عبده ويقبض بدل الكتابة، ثم اختلفا.. فالقول قول الوكيل في الكتابة لا في قبض بدل الكتابة، بل القول فيه للموكل.

وذكر في «البحر»: لو اختلف الوكيل مع الموكل في التقييد والإطلاق؛ بأن ادعى الموكل التقييد والتعيين، وادعى الوكيل الإطلاق.. فالقول قول الموكل: بأن قال الموكل: أمرتك بألف أو بدينار أو بحنطة أو شعير أو بنقد وفعلت خلافه، وقال الوكيل: بل أطلقت.

وكذا الحال في النكاح والكتابة والإجارة والعتق على مال.

وكذا لو قال: أمرتك ببيع برهن أو كفيل، وقال الوكيل: بل أطلقت.

(**ولا يصح تصرف أحد الوكيلين وحده فيما وكلا به**)؛ يعني: لو وكل وكيلين بكلام واحد فيما يحتاج فيه إلى رأي؛ كالبيع والشراء والخلع والكتابة والتزويج والطلاق بمال والعتق بمال؛ بأن قال: وكلتكما ببيع كذا، أو بخلع كذا، أو بكتابة عبدي ببدل كذا، أو بتزويج امرأة بمهر كذا، فباع أحدهما أو كاتب أو خلع أو زوج.. لا ينفذ، بل يتوقف على إجازة الموكل والوكيل الآخر، سواء كان المال مسمى أو لا؛ لأن تسمية الموكل المال لا يمنع احتمال أن يزيد أحدهما في المال أو ينقص لقصور رأيه، بخلاف ما إذا اجتمع رأيهما، حيث ينقطع ذلك الاحتمال عند اجتماع رأيهما.

ولو سلم الاحتمال.. لكنه قد رضي برأيهما.

وسواء كان الوكيل حاضراً في المجلس أو غائباً عنه؛ فإن مجرد حضوره لا يكفي ما لم يجزه، على ما في «الزيلعي».

ولو كان غائباً فأجازه.. لم يجز عند أبي حنيفة [٣٠٧/أ].

وقال أبو يوسف: إنه جائز، على ما في «المحيط».

وإن مات أحدهما أو ذهب عقله بالجنون.. لم يجز للآخر أن يتصرف وحده؛

إِلّا فِي: خُصُومَةٍ، ورَدِّ وَدِيعَةٍ، ....

لعدم رضاء الموكل؛ لأنه إنما رضي برأيهما، وهو المدار ههنا، بخلاف ما إذا وكّلا بكلامين؛ لأنه رضي برأي كل واحد منهما على الانفراد ابتداء؛ حيث وكلهما متعاقباً، فيجوز تصرفهما على أي وجه كان.

أطلق الوكيلين؛ فشمل: ما إذا كانا حرّين بالغين، أو أحدهما حرّ بالغ والآخر صبي محجور أو عبد؛ فإن وكالتهما صحيحة وإن لم يلزمهما الأحكام، وشمل أيضاً: الوكيلين بالقبض.

ففي «البزازية»: الوكيلان بقبض الدين يتفرد أحدهما باستيفائه، حتى لو قبض أحدهما.. لا يبرأ المطلوب، وبالقضاء يتفرد أحدهما به استحساناً.

والوكيل بقبض عين، قبض وجاء وكيل آخر.. ليس له أن يقبضه من الوكيل الأول، وهذا؛ لأنهما لم يكونا وكيلين بكلمة واحدة، فنفذ تصرف الأول.

بخلاف ما لو كان الوكيل الثاني وكيلاً بقبض كلّ حق له؛ فإن له قبضه من الأول؛ لأن ما قبضه الأول من جملة الحقوق، وليس للأول قبضه من الثاني.

ولو وكله بقبض دار له معين من فلان وقبضه، ثم وكل آخر بقبضه أيضاً؛ إن كان الأول قبضه قبل توكيل الثاني.. أخذه الثاني من الأول، وإلا.. لا.

ولا يشتبه غير المعين الشيء المعين (**إلا في خصومة**)؛ لأن لكل منهما أن يخاصم بدون صاحبه؛ فإن اجتماعهما عليهما في التكلم متعذر، ولأنه يفضي إلى الشغب في مجلس القضاء.

فإن قيل: إن الخصومة قد تحتاج إلى الرأي، والموكل رضي برأيهما.

قلنا: نعم، إلا أن رأيهما قد حصل في تقويم الخصومة سابقاً عليها.. فيكتفى بذلك.

(و) إلا في (**رد وديعة**)؛ كبضاعة وعارية ومغصوب؛ فإن لكل واحد من الوكيلين بردِّها ردّها بدون صاحبه؛ لأنه مما لا يحتاج إلى الرأي.. فكان ردّ أحدهما كردهما.

وَقَضَاءِ دينٍ، وَطَلَاقٍ وَعِتْقٍ لَا عِوضَ فيهِمَا.

ولو قال: «وفي رد عين».. لكان أولى؛ فإنه لا فرق بين رد الوديعة العارية والمغصوب والمبيع بيعاً فاسداً، على ما صرح به في الفصل السابع من وكالة «الخلاصة».

واحترز بالرد عن الاسترداد؛ فإنه لو وكلا باسترداد الوديعة.. فليس لأحدهما استردادها وقبضها بدون صاحبه؛ لأنه حفظ اثنين ليس كحفظ واحد؛ فإذا قبض أحدهما.. ضمن كله إذا هلك؛ لأنه قبض بغير إذن صاحبه، كذا في «البحر».

(و) إلا في (قضاء دين) احترز بالقضاء عن قبضه؛ فإنه لو قبض الدين أحد الوكيلين بقبضه بغير إذن صاحبه.. ضمن؛ لأنه شرط اجتماعهما على القبض وهو ممكن، وللموكل فيه فائدة وغرض؛ لأن حفظ [٣٠٧/ب] اثنين ليس كحفظ واحد، بخلاف القضاء؛ لأنه لا يحتاج إلى الرأي.

(و) إلا في (طلاق وعتق لا عوض فيهما)، وكذا في عتق بلا مال؛ لأنهما لا يحتاجان إلى رأي؛ لأنهما إسقاط محض.

بخلاف ما لو وكل وكيلين بطلاق أو عتق بمال.. فإنهما يحتاجان إلى رأي، فلا يملك أحدهما التصرف بدون صاحبه.

وبخلاف ما لو وكل وكيلين بطلاق أو عتق بغير عوض مالي وقال: لا يطلق أحدكما بدون صاحبه، أو لا يعتق أحدكما بدون صاحبه.. فإنه لا يجوز تصرف أحدهما بدون الآخر.

وكذا لو قال لهما: طلقاها إن شئتما، أو قال: أمرها بأيديكما.. لا ينفرد أحدهما عن الآخر في التصرف.

وكذا العتق؛ لأنه تفويض إلى رأيهما، فكان تمليكاً مقتصراً لهما على المجلس.. فلا يقدر أحدهما على التصرف في ملك الآخر.

وكذا لو قال للوكيلين: طلقاها ثلاثاً، فطلق أحدهما واحدة، ثم طلقها الآخر

وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُوكِّلَ غَيرَه، ....

بطلقتين.. لم يقع شيء حتى يجتمعا على ثلاث تطليقات، كما في وكالة «قاضي خان».

فإن قيل: ينبغي أن يقدر أحدهما على نصف تطليقة.

أجيب عنه: بأن فيه إبطال حق الآخر.

فإن قيل: الإبطال ضمني، فلا معتبر به.

قلنا: لا حاجة إلى الإبطال مع قدرتهما على الاجتماع.

وقال في «البزازية»: لو قال: طلقاها جميعاً ثلاثاً، فطلق أحدهما طلاقاً، ثم الآخر طلق طلقتين.. لم يقع، ما لم يجتمعا على الثلاث.

قال لامرأتيه: طلقا أنفسكما ثلاثاً، فطلقت إحداهما نفسها وصاحبتها ثلاثاً.. طلقتا، لكن طلاقها نفسها يختص بالمجلس.

ولو زاد: «إن شئتما»، فطلقت إحداهما.. لا تطلق؛ لأن تقدير الكلم: «طلقا أنفسكما إن شئتما طلاقكما» والموجود من إحداهما نصف الشرط.

وفي «البحر» نقلاً عن «الولوالجية»: لو وكل رجلين بتسليم الهبة للموهوب له.. فلا ينفرد أحدهما عن الآخر.

بخلاف ما لو وكلهما باسترداد الهبة عن الموهوب له.. فإن لأحدهما أن ينفرد بالاسترداد، كما في رد الوديعة واستردادها.

(**وليس للوكيل أن يوكل غيره**) فيما وكل به؛ لأنه فوض إليه التصرف فيما وكل به لا غير، والتوكيل ليس بتصرف فيه، وذلك لأنه رضي برأيه لا برأي غيره، والناس متفاوتة في الرأي.

قيده بالتوكيل؛ لأن الوكيل بالبيع والشراء يخيّر ببيع ما باع فضولي فيما وكل به، وكذا شراؤه، كما في «الفصولين».

إِلّا بِإِذنِ مُوكِّلِهِ أَو بقولِهِ: اعْمَلْ بِرَأْيِكَ.

فإِنْ أَذِنَ فوكّلَ.. كَانَ الثَّانِي وَكيلَ الْمُوكِّلِ الأَوَّلِ لَا الثَّانِي، فَلَا يَنْعَزِلُ بعزلِهِ، وَلَا بِمَوْتِهِ، وينعزلان بِمَوْتِ الأَوَّلِ.

وَإِن وكَّلَ بِلَا إِذنٍ فعقدَ الثَّانِي بِحَضْرَتِهِ.. جَازَ.

(**إلا بإذن موكله أو بقوله: اعمل برأيك**)؛ فإن الموكل في الصورتين قد رضي برأي غيره فيجوز.

وفي «البزازية»: إذا قيل للوكيل: اصنع ما شئت.. له التوكيل.

ولو قال الوكيل الأول ذلك لوكيله.. لا يملك الثاني توكيل ثالث.

بخلاف ما لو قال السلطان للقاضي: استخلف من شئت، فاستخلف آخر [٣٠٨/أ]، وقال القاضي له أيضاً: استخلف من شئت.. له الاستخلاف أيضاً، ثم وثم.

والوكيل بقبض الدين، وبالخصومة، وبالشراء: سواء، على ما يدل عليه إطلاق المصنف، وبه صرح في «البزازية».

(**فإن أذن**) الموكل (**فوكل.. كان**) الوكيل (**الثاني وكيل الموكل الأول لا الثاني، فلا ينعزل بعزله، ولا بموته، وينعزلان بموت**) الموكل (**الأول**).

(**وإن وكل الوكيل بلا إذن**) الموكل وبلا تعميمه؛ بأن قال: اعمل برأيك، (**فعقد الثاني بحضرته**)؛ أي: بحضرة الوكيل الأول (**.. جاز**) استحساناً؛ لأن المقصود: حضور رأي الأول، وقد وجد بحضوره.

فإن قيل: قد تقدم: أن أحد الوكيلين بالبيع إن باع بغير إذن صاحبه.. لم يكتف بحضوره، بل لا بد من الإجازة، فما الفرق بينهما؟

أجيب: بأن وكيل الوكيل يتصرف بتوكيله ورضائه، فكان سكوته عند التصرف بحضرته رضاء، بخلاف أحد الوكيلين؛ فإنه يتصرف بتوكيل الموكل لا بتوكيل صاحبه، فلم يكن سكوته رضاء؛ لجواز أن يكون غيظاً منه، هكذا ذكر في شرح «الهداية» نقلاً عن «الجامع الصغير».

وَكَذَا لَو عَقَدَ بغيبته فَأَجَازَهُ، أَو كَانَ قد قدَّرَ الثّمنَ.

لكن قال في «البزازية»: وذكر شيخ الإسلام: أن بيع الثاني وإن بحضرة الأول.. لا يجوز بلا إجازة، قال: ولم يذكر هذا الشرط غيره، بل اكتفى بحضرة الأول وإن لم يجزه.

وقال الكرخي: ليس في المسألة روايتان؛ بل الجواز بحضرة الأول: محمول على إجازته، وبه العامة؛ لأن توكيلَ الوكيلِ فضوليٌّ ملحق بالعدم، فيتوقف على الإجازة.

وقيل: فيه روايتان: في رواية: شرط الإجازة، وفي رواية: لم يشترط.

ثم اختلفوا في أن العهدة على من تلزم بعد جواز التصرف بحضرة الأول؟

فمنهم من قال: إنها تلزم على الوكيل الأول، على ما ذكر في «البزازية» عن «العتابي».

ومنهم من قال: إنها تلزم على الوكيل الثاني، على ما ذكره عن «العيون»؛ معللاً بأنه العاقد.

(**وكذا: لو عقد**) الوكيل الثاني (**بغيبته**)؛ أي: غيبة الأول، (**فأجازه**) الأول؛ كما لو باع غير الوكيل، فبلغ الخبر فأجازه؛ فإنه جائز لحصول رأيه.

(**أو كان**) الوكيل الأول أو الموكل - على ما في «البزازية» - (**قد قدر الثمن**) للثاني، فعقد الثاني بغيبته؛ فإنه جائز؛ لأن الرأي يحتاج إليه لتقدير الثمن، وقد حصل التقدير، هكذا ذكره في «البزازية» عن أبي يوسف في رواية «النوازل»، وعن الصدر الشهيد أيضاً.

ثم ذكر عن الطحاوي: أنه لا يجوز بغيبة الأول؛ لأن الوكيل الأول لو باشر البيع.. ربما يباع بالزيادة على المقدار المعين من الثمن لذكائه.

وأكثر المشايخ على الأول.

وَلَا يجوزُ لعبدٍ أَو مكَاتَبٍ التَّصَرُّفُ فِي مَالِ طِفْلِهِ بِبيعٍ أَو شِرَاءٍ، وَلَا تَزْوِيجهُ، وَكَذَا الْكَافِرُ فِي حقِّ طِفْلِهِ الْمُسلمِ.

(**ولا يجوز لعبد أو مكاتب التصرف في مال طفله ببيع أو شراء**)؛ لعدم ولايتهما عليه.

(**ولا تزويجه**)؛ لما ذكرناه.

(**وكذا الكافر**) ذمياً أو حربياً؛ لما ذكرناه.

بخلاف المرتد؛ [٣٠٨/ب] حيث إن ولايته على أولاده وأموالهم موقوفة إجماعاً؛ فإذا أسلم.. جعل كأنه لم يزل مسلماً، فنفذ تصرفه، وإذا مات أو قتل على ردته.. يبطل تصرفه.

وأما تزويجه لنفسه.. فهو باطل وإن أسلم.

(**في حق طفله المسلم**) في ماله وتزويجه؛ لعدم ولاية الكافر على المسلم.

* * *

(بَابُ الْوكَالَةِ بِالْخُصُومَةِ وَالْقَبْضِ)

للْوَكِيل بِالْخُصومَةِ الْقَبْضُ، خلافاً لزفَرَ، وَالْفَتْوَى الْيَوْمَ على قَوْلِهِ.

وَمثلُهُ الْوَكِيلُ بالتقاضي.

وللوكيلِ بِقَبضِ الدّينِ الْخُصومَةُ قبلَ الْقَبْضِ، ....

(بَابُ الوَكَالَةِ بِالخُصومَةِ وَالقَبْضِ)

(**للوكيل بالخصومة**)؛ أي: في الدين أو العين (**القبض**)؛ لأن الخصومة لا تتم إلا بالقبض؛ لتوهم الإنكار بعد ذلك وتعذر الإثبات بعارض من موت القاضي أو غيره.

وما لا يتم الواجب إلّا به.. فهو واجب؛ فلو وكّل رجلاً أن يدعي ويثبت ماله على فلان، ولا يزيد عليه شيء، فأثبت عليه الوكيل شيئاً بالبينة أو الإقرار.. فله أن يقبض ذلك الشيء عند الثلاث.

(**خلافاً لزفر**) قال: ليس له القبض؛ لأنه ما رضي إلا بالخصومة، والقبض غيرها؛ لأنها قول يستعمل في إظهار الحق، والقبض فعل حسي.

(**والفتوى اليوم**) عند عامة المشايخ (**على قوله**).

(**ومثله الوكيل بالتقاضي**)؛ لظهور الخيانة في الوكلاء، ولأن التوكيل بالقبض **غير ثابت نصاً**، وهو ظاهر، **ولا دلالة**؛ لأن الإنسان قد يوكل غيره بالخصومة، ولا يرضى بأمانته وقبضه.

وأجيب: بأن الدلالة ثابتة؛ لما تقدم: من أن «ما لا يتم الواجب إلا به».. [فهو واجب].

(**وللوكيل بقبض الدين الخصومة قبل القبض**) عند أبي حنيفة، حتى إذا اقتضى وأقام الخصم بينة على استيفاء الموكل أو أبرأه.. يقبل عنده؛ لأنه يملك الخصومة، فيكون خصماً له.

خلافاً لَهما.

وللوكيلِ بِأخذِ الشُّفْعَةِ الْخُصُومَةُ قبلَ الْأَخْذِ اتِّفَاقًا.

وَكَذَا الْوَكِيلُ بِالرُّجُوعِ فِي الْهِبَةِ، أَو بِالْقِسْمَةِ، أَو بِالرَّدِّ بِالْعَيْبِ.

وَكَذَا الْوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ بعدَ مُبَاشَرَتِهِ.

(**خلافاً لهما**)، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة؛ لأن القبض غير الخصومة.

وليس كل من يؤتمن على قبض المال يهتدي في الخصومات، فلم يكن الرضاء بالقبض رضاء بالخصومة.

ولأبي حنيفة: أنه وكله بالتملك؛ لأن الديون تقضى بأمثالها، فما قبضه الوكيل ليس عين حق الموكل، بل مثله، فيملكه الوكيل، والوكيل بالتملك أصيل في حقوق العقد، والأصيل في حقوق خصم: كالموكل.

وفي «الخلاصة»: الوكيل بقبض الدين ليس له أن يخاصم بالإجماع. انتهى.

ولا يخفى عليك: أن دعوى الإجماع في هذه المسألة إنما تتمشى على رواية الحسن عن أبي حنيفة، وإلا.. فلا، كما ترى.

(**وللوكيل بأخذ الشفعة**)؛ أي: بأخذ الدار بالشفعة (**الخصومة قبل الأخذ اتفاقاً**)، حتى إذا أقام المشتري عليه البينة: أن الموكل سلم الشفعة.. تقبل وتبطل الشفعة؛ لكونه خصماً له في هذه الدعوى.

(**وكذا الوكيل بالرجوع في الهبة**)؛ فلو أقام الموهوب له البينة: على أخذ الواهب العوض.. فإنها تقبل ويبطل الرجوع؛ لكونه خصماً له في هذه الدعوى.

(**أو بالقسمة**)؛ بأن وكّل أحد الشريكين وكيلاً بأن يقاسم مع شريكه، وأقام الشريك [٣٠٩/أ] البينة عليه: أن الموكل قبض نصيبه.. فإنها تقبل.

(**أو بالرد بالعيب**) على البائع؛ فإنه إذا أقام البينة عليه: أن الموكل رضي بالعيب.. تقبل بينته؛ لكونه خصماً له.

(**وكذا الوكيل بالشراء بعد مباشرته**) الشراء: له الخصومة في طلب حقوق العقد.

وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ بِقَبضِ الْعينِ الْخُصُومَةُ؛ فَلَو برهن ذُو الْيَد على الْوَكِيل بِقَبضِ عبدٍ أَنَّ مُوكِّلَهُ بَاعه مِنْهُ.. تقصرُ يَدُ الْوَكِيلِ، وَلَا يثبتُ البيعُ، فَيلْزم إِعَادَةُ الْبَيِّنَةِ إِذا حضرَ الْمُوكِّلُ، كَمَا تقصرُ يَدُ الْوَكِيلِ بِنَقْلِ الزَّوْجَةِ أَو العَبْدِ، وَلَا يثبتُ الطَّلَاقُ وَالْعِتْقُ لَو برهنا عَلَيْهِمَا بِلَا حُضُور الْمُوكِّلِ، ....

وأما قبل المباشرة بالشراء.. فلا يكون خصماً.

(**وليس للوكيل بقبض العين: الخصومة**) بالاتفاق؛ لأنه أمين محض؛ حيث لا مبادلة هناك أصلاً كما في قبض الدين؛ لأنه يقبض عين حق الموكل، فأشبه الرسول، فلم تتعلق الحقوق بالقابض، فلا يكون خصماً، ولا تقبل البينة عليه.

إلى هنا ثمان وكالات، وحكمها كما ذكره المصنف.

وههنا: وكالة أخرى لم يذكرها المصنف، وهو: الوكالة بالملازمة، وحكمها: أن ليس للوكيل الخصومة والقبض، كذا في «الخلاصة».

(**فلو برهن ذو اليد على الوكيل بقبض عبد: أنَّ موكله باعه منه.. تقصر يد الوكيل**) ولا يسلم العبد إليه في الاستحسان، والقياس: أن يسلم إليه، ولم يلتفت إلى بيّنة ذي اليد؛ لأنها قامت لا على خصم.

(**ولا يثبت البيع**)، بل يتوقف الأمر حتى يحضر الموكل؛ لأن الوكيل بقبض العين ليس خصماً له حتى تقبل بينته ويثبت البيع، لكنه لقيامه مقام الموكل في القبض.. يكون خصماً له في حق قصر اليد.

(**فيلزم إعادة البينة**) على البيع (**إذا حضر الموكل**)؛ لعدم قبولها على الوكيل.

(**كما تقصر يد الوكيل بنقل الزوجة أو العبد**)؛ فيما إذا أقامت المرأة البينة: أن زوجها طلقها، وأقام العبد: أن مولاه أعتقه.. فإن بينتهما تقبل في حق قصر يد الوكيل، لا في ثبوت الطلاق والعتاق.

ولذا قال: (**ولا يثبت الطلاق والعتق لو برهنا عليهما**)؛ أي: على الطلاق والعتق (**بلا حضور الموكل**)؛ لأن القضاء على الغائب متعذر على ما تقدم.

وَإِقْرَارُ الْوَكِيلِ بِالْخُصُومَةِ على مُوكِّله عِنْد القَاضِي صَحِيحٌ.

لَا عِنْد غير القَاضِي، خلافاً لأبي يُوسُف.

لَكِن لَو برهنَ عَلَيْهِ أَنَّه أَقَرَّ فِي غيرِ مجْلِسِ الْقَضَاءِ.. خرجَ عَنِ الْوكَالَةِ، وَلَا يُدْفعُ إِلَيْهِ المَالُ؛ ....

(**وإقرار الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي صحيح**)؛ سواء كان الموكل هو المدعي - فأقر الوكيل عند القاضي باستيفاء حقه - أو المدعى عليه، فأقر الوكيل بثبوته عليه (**لا عند غير القاضي**) عند أبي حنيفة ومحمد.

(**خلافاً لأبي يوسف**)، قال: جاز إقراره في الوجهين جميعاً؛ لأنه قائم مقام الموكل، فلا يختص إقراره بمجلس القضاء.

وقال زفر والشافعي: إنه لايجوز في الوجهين، وهو القياس؛ لأن الوكيل بالخصومة مأمور بالمنازعة، والإقرار ليس بمنازعة؛ لأنه مسالمة، والأمر بالشيء لا يتناول ضده.

ولأبي حنيفة ومحمد: أن التوكيل بالخصومة صحيح، وصحته إنما تكون بتناوله ما يملكه الموكل؛ لأن التوكيل فيما لا يملكه باطل، وهو إنما يملك مطلق الخصومة؛ إنكاراً كان أو إقراراً، لا واحداً بخصوصه؛ لأن الخصم إذا كان محقاً.. وجب عليه الإقرار، وإن كان مبطلاً.. وجب عليه الإنكار.

ولكن لفظ الخصومة [٣٠٩/ب] حقيقة في الإنكار فصرفناها إلى مطلق الجواب مجازاً، فيتناول: **الخصومة الحقيقية**، وهي: الإنكار، **والمجاز به**: وهو الإقرار، والإقرار لا يكون خصومة مجازاً إلا في مجلس القضاء، فما كان في غير مجلس القضاء.. لا يكون خصومة، لا حقيقة ولا مجازاً، فلا يتناوله الأمر، وهذا استحسان يترجح على القياس.

(لكن) استدراك من قوله: «لا عند غير القاضي» (**لو برهن عليه**)؛ أي: لو برهن عند القاضي على الوكيل: (**أنه أقر في غير مجلس القضاء.. خرج عن الوكالة، ولا يدفع إليه المال**).

حتى لو ادعى بعد ذلك الوكالة، وأقام على ذلك بينة.. لا تقبل بينته؛ لأنه زعم أنه مبطل في دعواه.

أطلق الإقرار هنا وهو مقيد بغير الحدود والقصاص؛ لأنه لا يصح إقراره بها على موكله بالاتفاق؛ للشبهة.

وقيده بالخصومة؛ لأن الوكيل بالصلح لا يصح إقراره مطلقاً؛ ففي «البزازية»: والوكيل بالصلح لا يملك الإقرار؛ لأن الوكيل بالخصومة إنما ملكه؛ لكونه من أفراد الجواب، وهو وكيل بالجواب؛ لأنه هو المشروع، فكان لفظ الخصومة متناولاً للإقرار.

والصلح مسالمة لا مخاصمة، ولذا قلنا: الوكيل بالصلح لا يملك الخصومة، والوكيل بالخصومة لا يملك الصلح، [والصلح] عقد من العقود، والوكيل بعقد لا يباشر عقداً آخر.

هذا، ولو وكل بالخصومة واستثنى الإقرار؛ بأن قال: وكلتك بالخصومة غير جائز الإقرار.. فهل يصح هذا التوكيل والإقرار؟

ففي «البزازية»: يصح التوكيل، ولا يصح إقراره على موكله في الظاهر، موصولاً كان الاستثناء أو مفصولاً.

ولو كان التوكيل بسؤال الخصم.. يصح استثناؤه؛ موصولاً لا مفصولاً.

ولو وكله غير جائز الإنكار.. صح عند محمد لا الثاني.

ولو وكله غير جائز الإقرار والإنكار.. قيل: لا يصح الاستثناء؛ لعدم بقاء فرد تحته.

وقيل: يصح؛ لبقاء السكوت.

وعن محمد: استثناء الإقرار يصح من الموكل الطالب؛ لأنه مجبر، ولا يصح من المطلوب؛ لأنه مجبور عليه.

كَالْأَبِ أَو الْوَصِيّ إِذا أقرَّ فِي مجْلِسِ الْقَضَاء.. لَا يَصحُّ وَلَا يُدْفَع إِلَيْهِ المَالُ، وَلَا تَوْكِيلُ ربِّ المَالِ كفيلَه بِقَبض مَا على الْمَكْفُولِ عَنهُ.

والمطلوب: إذا وكل بالتماس الطالب واستثنى إقراره؛ أي: بمحضر طالبه.. صح، وإن بلا حضوره.. جاز عند محمد اعتباراً بالعزل.

خلافاً لأبي يوسف.

وعلى هذا: أذن لوكيله أن يوكل، فنهاه؛ إن بحضور الطالب.. صح، وإن لا بحضوره.. فهو على الخلاف.

والحاصل: أن هذه المسألة على خمسة أوجه:

الأول: أن يوكل بالخصومة ولا يستثني أصلاً، وهو مسألة المتن.

الثاني: أن يستثني الإقرار.. فيكون وكيلاً بالإنكار فقط.

الثالث: عكسه.. فيكون وكيلاً بالإقرار فقط في ظاهر الرواية؛ موصولاً أو مفصولاً.

الرابع: أن يوكله [بالخصومة] جائز الإقرار.. فيكون وكيلاً بالإقرار والإنكار.

الخامس: أن يستثنى الإقرار [٣١٠/أ] والإنكار.. فهو على الخلاف المذكور.

(**كالأب أو الوصي إذا أقر**؛ أي: كل منهما (**في مجلس القضاء.. لا يصح**) إقرارهما.

(**ولا يدفع إليه المال**)؛ يعني: إذا ادّعيا شيئاً للصغير، فأنكر المدعى عليه وصدقاه، ثم جاء يدعي المال.. فإن إقرارهما بأن صدقا المدعي عليه لا يصح، ولكن لا يدفع المال إليهما؛ لأنهما خرجا من الولاية والوصاية في حق ذلك المال؛ بسبب إقرارهما بما قاله المدعى عليه.

(ولا) يصح (**توكيل رب المال كفيله بقبض ما على المكفول عنه**) لا بعد براءة الكفيل ولا قبلها:

أما بعد البراءة: فلأنها لما لم تصح ابتداء حال التوكيل على ما سيأتي.. لم

تنقلب بعده صحيحة؛ كمن كفل لغائب فأجازها بعدما بلغته.. فإنها لا تصح؛ لأنها لم تصح ابتداء؛ لعدم القبول، فلا تنقلب صحيحة.

وأما قبل البراءة: فلأن الوكيل من يعمل لغيره، والكفيل من يعمل لنفسه في إبراء ذمته؛ فلو كان صحيحاً.. لزم أن يكون الوكيل عاملاً لنفسه، فينعدم الركن.

فإن قيل: توكيل المديون بإبراء ذمته عما عليه من الدين.. صحيح، على ما في «الجامع الصغير»، مع أنه عامل لنفسه في ذلك.

أجيب: بأنا لا نسلم أنه صحيح - على ما ذكره شيخ الإسلام - ولو سلم أنه صحيح.. فنقول: ولكن الإبراء: تمليك؛ بدليل: أنه يرتد بالرد، وكلامنا في التوكيل بالقبض، وقد تقدم من قبل: أنها وإن كان عاملاً لنفسه بتفريغ ذمته، لكنه عامل لرب الدين بإسقاط دينه، فيكون عاملاً للغير كمسائل الوكيل. هكذا ذكره في «البحر» عزواً إلى «منية المفتي»، ورجحه على الجواب الأول؛ بأن ذلك الإبراء: لو كان تمليكاً.. لم يصح رجوع الدائن عنه قبل إبراء المديون نفسه، مع أنه يصح، فلم يكن تمليكاً.. فلم يصح الجواب الأول.

أطلق الكفيل، وهو مقيد بالكفيل عنه بالمال؛ لأن توكيل الكفيل بالنفس صحيح؛ سواء كان بالخصومة أو بقبض ما على المكفول عنه، على ما في «البحر».

وكذا يصح توكيل الكفيل بالمال بالخصومة، ولهذا قيد المصنف بالقبض.

قال في «الزيلعي»: ولو وكل الطالب المولى بقبض المال من العبد.. لا يصح؛ يعني: لو أعتق عبد المديون، حتى لزم عليه ضمان الدين وعلى العبد جميع الدين، فوكل الطالب المولى بقبض الدين من العبد.. لا يصح؛ لما تقدم من أنه يلزم أن يعمل لنفسه في إبراء ذمته.

وفي «البحر»: إن المحتال لو وكل المحيل بقبض الدين من المحتال عليه.. لم يصح؛ وذلك لأنه يعمل لنفسه؛ لاحتمال أن الدين يلزمه بالتواء اللاحق.

وَمن صَدّقَ مدعي الْوكَالَة بِقَبضِ الدّينِ.. أَمِرَ بِالدفعِ إِلَيْهِ؛ ....

وقال فيه أيضاً: إن توكيل المديون وكيل الطالب بالقبض.. باطل.

وأيّده بمسألة نقلها عن «القنية»، وهي: لو وكله بقبض دينه على فلان، فأخبر به المديون، فوكله ببيع سلعته وإيفاء دينه عن ثمنه لرب الدين، [٣١٠/ب] فباعها وأخذ الثمن، وهلك.. هلك من مال المديون؛ لاستحالة أن يكون قاضياً ومقتضياً، والواحد لا يصلح أن يكون وكيلاً للمطلوب والطالب في القضاء والاقتضاء. انتهى.

ولا يخالفه ما في «الواقعات الحسامية»: المديون: إذا بعث بالدين على يد وكيله فجاء به إلى الطالب وأخبره ورضي به وقال: اشتر لي شيئاً، فذهب واشترى ببعضه شيئاً وهلك منه الباقي:

قال بعضهم: يهلك من مال المديون.

وقال بعضهم: من مال الطالب، وهذا أصح؛ لأن أمره بالشراء بمنزلة قبضه. انتهى.

لأن ما في «القنية» فيما إذا سبق توكيل الطالب، وما في «الواقعات» فيما إذا سبق توكيل المطلوب.

ثم قال فيه: وتجوز كفالة الوكيل بالقبض والوكيل بالنكاح بالمهر، وإذا صحت كفالة الوكيل بالقبض.. بطلت وكالته.

والحاصل: أن الكفالة بالمال مبطلة للوكالة، تقدّمت الكفالة أو تأخّرت؛ لكونها أقوى من الوكالة؛ فإذا بطلت الوكالة؛ فلو أخذ الدين عن المديون، وهلك في يده.. لم يهلك على الطالب.

(**ومن صدق مدعي الوكالة بقبض الدين**) الذي كان للغائب (.. **أمر**) ذلك المصدق وهو المديون (**بالدفع إليه**)؛ أي: إلى الوكيل؛ لأنه أقر على نفسه؛ لأن ما يقضيه الغريم خالص حقه؛ لأن الديون تقضى بأمثالها، فكان تصديقه إقراراً على نفسه، ومن أقر على نفسه.. أمر بتسليمه إلى المقرّ له.

فَإِن صدّقَهُ صَاحب الدّينُ، وإِلّا.. أمر بِالدفعِ إِلَيْهِ أَيْضاً، وَرجعَ بِهِ على الْوَكِيـلِ إِنْ لم يهْلكْ فِي يَدِهِ.

وَإِن هلكَ.. لَا، إِلّا إِن كَانَ ضمِنَهُ ....

(**فإن صدّقه صاحب الدين**)؛ أي: بعد أن حضر من الغيبة.. فبها.

(**وإلا**)؛ أي: وإن لم يصدقه.. أمر المديون (**بالدفع إليه**)؛ أي: إلى صاحب الدين (**أيضاً**)؛ لأنه لمّا لم يصدقه وأنكر الوكالة.. لم يثبت الاستيفاء والإيفاء، وهو واجب على المديون، فيجب الدفع إليه ثانياً.

والقول فيه قوله؛ لأنه منكر.

(**ورجع**)؛ أي: الغريم (**به**)؛ أي: بما أدّاه (**على الوكيل إنْ لم يهلك**) ما أداه (**في يده**)؛ أي: في يد الوكيل؛ لأن غرضه من الدفع: براءة ذمته، ولم يحصل، فله أن ينقض ويرجع.

(**وإن هلك**) في يده (.. **لا**) يرجع عليه؛ لأن بتصديقه اعترف: «أنّ الوكيل محق في القبض لا رجوع عليه»، ولأنه بتصديقه اعترف أنه مظلوم في الأخذ الثاني، والمظلوم لا يظلم غيره.

بخلاف ما إذا كان العين باقية في يد الوكيل.. فإنه يمكنه نقض القبض؛ لبقاء العين، فيرجع بسبب نقضه.

وبخلاف ما إذا استهلكه الوكيل؛ حيث ضمنه مثله، على ما صرح به في الثالث من وكالة «البزازية».

(**إلا إن كان ضمنه**)؛ إما بالتشديد أو بالتخفيف.

فالمعنى على الأول: «إلا إن ضَمَّنَ المديون الوكيل»؛ بأن قال: اضمن ما دفعت إليك عن الطالب، حتى لو أخذ الطالب من مالي [٣١١/أ].. أرجع عليك بما دفعت إليك.

عِنْدَ دَفعِهِ، أَو دفَعَ إِلَيْهِ على ادِّعائِهِ غيرَ مُصدِّقٍ وكَالَتَهُ.

وعلى الثاني: إلا إن ضَمِنَ الوكيل للمديون، وقال: أنا ضامن لك إن أخذ الطالب منك ثانيا.

(**عند دفعه**) إلى الوكيل.. فإنه حينئذ يرجع على الوكيل؛ لأن المأخوذ ثانياً مضمون على رب الدين في زعم الوكيل والمديون؛ لأن رب الدين غاصب في حقهما فيما قبضه ثانياً.

(**أو دفع**) الغريم (**إليه**)؛ أي: الوكيل (**على ادعائه**)؛ أي: ادعاء الوكيل الوكالة.

(**غير مصدق وكالته**)، ولا مكذبها أيضاً بل سكت، أو يكذبها.. فإنه يرجع على الوكيل في الصورتين إن رجع صاحب المال على الغريم.

أما في الأولى: فلأنه لم يصدقه على الوكالة، وإنما دفع إليه على رجاء إجازة الطالب؛ فإذا انقطع الرجاء.. رجع الغريم على الوكيل.

وأما في الثانية: فلأنه إذا كذبه.. صار الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب، وللمغصوب منه حق الرجوع على الغاصب.

وهل يحلف الغريم على إنكاره الوكالة؟

قال الخصاف: لا يحلف على قول أبي حنيفة، ويحلف على قولهما.

ولو أقر بالوكالة وأنكر الدين.. يحلف عنده، لا عندهما، كذا في «العناية».

وهل تقبل بينة الوكيل على الدين بعد تصديقه الوكالة والدين؟

فقال في «قاضي خان»: أحضر الوكيل المديون، فأقر المديون بالوكالة وأنكر الدين، فأقام الوكيل البينة على الدين.. لا تقبل بينته؛ لأن البينة على الدين لا تقبل إلا من خصم، وبإقرار المديون لم تثبت الوكالة، فلم يكن خصماً، ألا ترى: أن المديون لو أقر بالوكالة فقال الوكيل: أنا أثبت الوكالة بالبينة مخافة أن يحضر الطالب وينكر الوكالة.. قبلت بينته وإن كانت البينة قائمة على المقرّ.

وَمن صدَّقَ مدعي الْوكَالَةِ بِقَبض الْأَمَانَةِ.. لَا يُؤمر بِالدفعِ إِلَيْهِ.

وكذلك الوصي؛ إذا أقر المديون بالوصاية وأنكر الدين، فأثبت الوصي الوصاية بالبينة.. قبلت بينته.

وكذا الرجل: إذا ادعى ديناً على ميت وأحضر وارثاً، فأقر الوارث بالدين، فقال المدعي: أنا أثبت الدين بالبينة، فأقام البينة.. قبلت بينته. انتهى.

وهكذا ذكره في «القنية» أيضاً في باب ما تقبل البينة على المقر من كتاب أدب القاضي مع زيادة تفصيل، فارجع إليه.

وهل يصح قبول الوكيل لقبض الدين الحوالة؟

ففي «الخلاصة» و«البزازية»: إنه لا يصح.

(**ومن صدق مدعي الوكالة بقبض الأمانة.. لا يؤمر بالدفع إليه**)؛ لأنه إقرار بمال الغير بحق القبض، فلا يصح.

بخلاف الدين، لأنها تقضى بأمثالها، فيقضي المديون بمال نفسه بمثل الدين، فكان إقراره إقراراً على نفسه بحق المطالبة والقبض، فيصح.

فإن دفع الأمانة إليه، فحضر الغائب وأنكر الوكالة.. حلف على ذلك [٣١١/ب] وضمن المودع.. فهل له الرجوع على الوكيل؟

فعلى الوجوه الأربعة السابقة؛ إن دفعها إليه مصدقاً بالوكالة.. لا يرجع.

وإن صدقه وضمنه، أو سكت، أو كذبه فدفعها إليه.. يرجع إن لم تكن العين باقية.

وإن كانت باقية.. أخذها؛ لأنها صارت ملكه بالضمان.

وعلم من كلامه: أن الوكالة بقبض الوديعة لا تثبت بإقرار المودع.

ولهذا قال في «الخلاصة»: الوكيل بقبض الوديعة: إذا أقر الذي الوديعة عنده أنه وكيل بقبضها.. فإنه لا يكفي إقراره، ويقيم البينة على إثبات الوكالة.

وَكَذَا لَو صَدَّقَهُ فِي دَعْوَى شِرَائهَا من الْمَالِك.

وَلَو صدّقَهُ فِي أَنَّ الْمَالِكَ مَاتَ وَتركهَا مِيرَاثاً لَهُ.. أُمِرَ بِالدَّفعِ إِلَيْهِ.

ثم قال: لو أقام الوكيل بقبض الوديعة البينة على الوكالة مع أن المودع صدقه.. تقبل.

وأشار إلى أنه: لو أثبت الوكالة بالبينة.. يجبر على دفع الوديعة إلى الوكيل، على ما في «قاضي خان».

وفي «البحر»: ولو أثبت الوكيل بقبض الوديعة أنه وكيل بقبضها، فادعى الأمين دفعها إلى الموكل أو إلى الوكيل.. فالقول له في براءة ذمته.

(**وكذا**)؛ أي: لا يؤمر بالدفع (**لو صدقه**)؛ أي: صدقه المودع (**في دعوى شرائها**)؛ أي: الوديعة (**من المالك**)؛ لأن المالك المودع ما دام حياً.. كان إقرار المودع إقراراً لملك الغير؛ لكونه من أهل الملك، فلا يصدقان في دعوى البيع عليه.

(**ولو صدقه: في أن المالك مات وتركها**)؛ أي: الوديعة (**ميراثاً له.. أمر بالدفع إليه**)؛ يعني: ادعى أنه مات أبوه وترك الوديعة ميراثاً له، ولا وارث له غيره، وصدقه المودع.. أمر بالدفع إليه؛ لأنه لا يبقى مال المودع بعد موته.

وكذا الحال في دعوى الوصية؛ بأن قال: مات وترك الوديعة وصية لي، ولا وارث له، وصدقه المودع.. أمر بالدفع إليه؛ لأن الموصى له ينزل منزلة الوارث عند عدمه، ولا بد من التلوم فيها؛ لاحتمال أن يكون له وارث آخر، كذا في «البحر».

وقيد بالتصديق؛ لأنه لو أنكر موته، أو قال: لا أدري.. لا يؤمر بالتسليم إليه ما لم يقم البينة.

وهل يؤمر بالدفع فيما إذا ادعى الإيصاء إليه وصدقه ذو اليد؟

لم يؤمر بالدفع له إذا كان عيناً في يد المقر؛ لأنه أقر أنه وكيل صاحب المال بقبض الوديعة أو الغصب بعد موته، فلا يصح؛ كما لو أقر أنه وكيله في حياته بقبضها.

وَلَو ادّعى الْمَدْيُونُ على الْوَكِيلِ بِقَبضِ الدَّينِ اسْتِيفَاءَ الدَّائِنِ، وَلَا بَيِّنَة لَهُ.. أمِرَ بِدَفْعِهِ إِلَيْهِ، وَلَا يستحلفُهُ أنَّه مَا يعلمُ اسْتِيفَاءَ مُوكِّلِهِ، بل يتبعُ ربَّ الدّينِ، ويستحلفهُ أنَّه مَا استوفى.

أطلق الدفع إلى الوارث، وهو مقيد بما إذا لم يكن على الميت دين مستغرق؛ لما في «جامع الفصولين»: في التركة دين، فدفع المودع الوديعة إلى الوارث بلا أمر القاضي.. ضمن حينئذ لو مستغرقة.

وهذا إذا لم يؤتمن، وإلا.. فله الأخذ وأداء الدين منه.

(**ولو ادعى المديون على** [٣١٢/أ] **الوكيل بقبض الدين استيفاء الدائن، ولا بينة له**) على الاستيفاء (**.. أمر**) المديون (**بدفعه**)؛ أي: الدين (**إليه**)؛ أي: إلى الوكيل؛ لأن الوكالة قد ثبتت بالبينة على ما هو الفرض، والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه، فلا يؤخر الحق.

(**ولا يستحلفه**)؛ أي: الوكيل (**أنه ما يعلم استيفاء موكله**)؛ لأن مبنى التحليف على دعوى صحيحة، ودعوى الاستيفاء لم تصح بلا بينة.

(**بل يتبع رب الدين ويستحلفه أنه ما استوفى**)؛ رعاية لجانب الغريم؛ فإن حلف.. مضى الأداء، وإن نكل.. يتبع المديون الوكيل فيسترد ما قبض.

وقال زفر: حلف الوكيل على العلم؛ فإن نكل.. خرج عن الوكالة والطالب على حجته؛ لأن الوكيل لو أقرّ بذلك.. بطلت وكالته، فجاز أن يحلف عليه.

والجواب: أن الغريم يدعي حقاً على الموكل لا على الوكيل، فتحليف الوكيل يكون نيابة، والنيابة لا تجري في الأيمان.

بخلاف الوارث: يحلف أنه لا يعلم استيفاء مورثه؛ لأن الحق يثبت للوارث، فالدعوى عليه واليمين بالأصالة لا بالنيابة.

إنما قال: «ولا بينة له»؛ لأنه لو كان له بينة على استيفاء الدائن.. تقبل.

بخلاف الوكيل بإجارة الدار وقبض الأجرة؛ فيما إذا ادعى بعض السكان أنه

وَلَو ادّعى البَائِعُ على وَكيلِ الرَّدِ بِالْعَيْبِ أَنَّ مُوكّله رَضِيَ بِهِ.. لَا يُؤمُر بِدفعِ الثّمنِ قبلَ حلفِ المُشْتَرِي.

وَمن دفعَ إِلَيْهِ آخرُ عشرَةً ينفقُها على أَهله فأنفقَ عَلَيْهِم عشرَةً من عِنْده.. فَهِيَ بهَا.

عجل الأجرة لموكله، وبرهن عليه.. توقف، ولا يحكم بقبض أجر حتى يحضر الغائب، كذا في «البحر».

(**ولو ادعى البائع على وكيل الرد بالعيب أن موكله**) وهو المشتري (**رضي به**)؛ أي: بالعيب (.. **لا يؤمر**) البائع (**بدفع الثمن**) إلى الوكيل وأخذ المبيع عنه (**قبل حلف المشتري**): «بأنه لم يرض بالعيب».

والفرق بينهما وبين مسألة الدين: أن التدارك ممكن في الدين باسترداد ما قبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عند نكول رب الدين - أي: الموكل - وههنا غير ممكن؛ لأن القضاء بفسخ البيع يصح وإن ظهر الخطأ عند أبي حنيفة؛ لأن القضاء ينفذ ظاهراً وباطناً عنده في العقود والفسوخ، فلا يستحلف المشتري بعد ذلك.

وأما عندهما: فقد قالوا: يجب أن يرد بالعيب كما في مسألة الدين؛ لأن التدارك ممكن عندهما؛ لبطلان القضاء.

قيل: الأصح عند أبي يوسف: أن يؤخر الرد في فصلين إلى أن يستحلف.

(**ومن دفع إليه آخر عشرة ينفقها**)؛ أي: يشتري بها نفقة (**على أهله، فأنفق عليهم عشرة من عنده.. فهي**)؛ أي: العشرة التي أنفقها من ماله (**بها**)؛ أي: بمقابلة العشرة التي أخذها من الموكل؛ أي: لا يكون متبرعاً بما أنفق من عنده.

وفي القياس: أنه متبرع بها، ويرد ما أخذه إلى الموكل؛ وإن استهلكه.. ضمن [٣١٢/ب].

والأول استحسان: وجهه: أن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء، وهو إذا دفع الثمن من مال نفسه وقبض المبيع.. فله أن يرجع به، على ما مرّ، فكذا هذا.

وقيل: كلٌّ من القياس والاستحسان في قضاء الدين لا في الإنفاق؛ فلو دفع المديون إلى رجل ألفاً يوكله بقضاء دينه بها، فدفع الوكيل من مال نفسه قضاء عنه.. فإنه متبرع في القياس لا في الاستحسان؛ لأن قضاء الدين ليس بشراء أصلاً.

بخلاف التوكيل بالإنفاق؛ فإنه أمرٌ بشراء الطعام، والشراء لا يتعلق بعين الدراهم المدفوعة إليه، بل بمثل في الذمة، ثم يثبت له حق الرجوع على الآمر، كذا في «الهداية» وشروحها.

قيد بقوله: «على أهله»، وليس باحترازي؛ لأنه لا فرق بين الوكيل بالإنفاق على الأهل والوكيل بالإنفاق بالبناء، على ما في «الخلاصة».

هذا في الدفع إليه للإنفاق، وهل الأمر كذلك في الأمر بالإنفاق بدون دفع شيء؟

ففي «البزازية»: أمر غيره بأن ينفق عليه أو يقضي دينه، ففعل.. يرجع بلا شرط الرجوع.

بخلاف ما لو قال: عوض عن بيتي، أو أطعم عن كفارتي، أو أدّ زكاة مالي، أو هب لفلان عني ألفاً.. حيث يرجع بلا شرط الرجوع.

ففي كل موضع ملك المدفوع إليه المال المدفوع مقابلاً بملك المال.. فالمأمور يرجع بلا شرط الرجوع.

وفي كل موضع ملك المدفوع إليه غير مقابل بملك المال.. لا يرجع بلا شرط؛ لأن الدافع يملك المدفوع إليه، حتى تقع الزكاة والتعويض والكفارة عنه.

فإذا ملكه المدفوع إليه مقابلاً بالملك.. كان الملك ثابتاً للآمر أيضاً مقابلاً بالملك، فيرجع عليه المأمور؛ لأن بدل الملك يجب على من يجب له الملك.

أما إذا ملك المدفوع إليه المال المدفوع مقابلاً بالملك.. فالآمر يملكه أيضاً لا مقابلاً بالملك، فيكون متبرعاً، فلا يرجع بلا شرط الضمان.

ثم قال فيها: وفي المؤن المالية؛ إذا أمر غيره بالأداء:

قال فخر الإسلام: يرجع بلا شرط الرجوع، وكذا في كل مطالب من العباد حساً.

قال لرجل: خلصني من مصادرة الوالي، أو قال الأسير ذلك، فخلصه إنسان:

قيل: لا يرجع فيهما بلا شرط الرجوع.

وقيل: في الأسير.. يرجع بلا شرط، إلا في المصادرة.

والإمام السرخسي على أنه يرجع فيهما بلا شرط الرجوع، قال: وهو الصحيح.

وإذا غاب رب الأرض وأخذ الوالي الخراج من الأكار؛ ففي ظاهر الرواية: لا يرجع الأكار عليه.

وقال الفقيه: إنه يرجع.

وإن أخذه [٣١٣/أ] من الجار.. لا يرجع.

قوله للمديون: ادفع مالي عليك من الدين إلى من شئت، أو اطرحه في البحر، ففعل.. لا يسقط عنه الدين؛ لأن الدين يقضى بملك المديون.. فلا يصلح أمره؛ لمصادفته ملك الغير.

ولو قال لمودعه: ادفع الوديعة إلى من شئت، أو ألقه في البحر، ففعل.. فمن مال الآمر؛ لأن العين ملكه، فصح أمره في ملكه.

* * *

(بَابُ عزلِ الْوَكِيلِ)

للْمُوكِّلِ عزلُ وَكيلِهِ، إِلّا إِذا تعلَّقَ بِهِ حقُّ الْغَيْرِ؛ كوكيلِ الْخُصُومَةِ بِطَلَبِ الْخصمِ.

(بَابُ عَزْلِ الوَكِيلِ)

(للموكل عزل وكيله إلا إذا تعلق به حق الغير؛ كوكيل الخصومة بطلب الخصم).

اعلم: أن الوكيل:

إن كان للطالب.. فعزله صحيح، حضر المطلوب أو لا؛ لأن الطالب بعزله يبطل حقه؛ لأن الوكالة حقه، والإنسان لا يتوقف في إبطال حقه على حضور الغير.

وإن كان للمطلوب؛ فإن لم يكن بطلب من جهة الطالب أو من يقوم مقامه.. فكذلك، وإن كان بطلب من جهته؛ فإما أن علم الوكيل بالوكالة، أو لا يعلم.. فكذلك؛ لأنه لا نفاذ للوكالة قبل علم الوكيل، فكان العزل امتناعاً، فله ذلك.

وإن علم ولم يردها.. لم يصح في غيبة الطالب؛ لأن بالتوكيل يثبت له حق إحضاره في مجلس الحكم وإثبات الحق عليه، وبالعزل حال غيبته يبطل ذلك، وهو المراد.

المذكور ههنا بطريق الاستثناء وإن أطلقه المصنف.

وصح في حضرته؛ لأن الحق لا يبطل؛ لإمكان الخصومة مع الموكل، أو يطلب منه وكيلاً آخر.

ونظير هذه الوكالة - أعني: من جهة المطلوب بطلب من جهة الطالب - كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن؛ بأن وضع الرهن على يد عدل، وشرط في الرهن أن يكون العدل مسلطاً على البيع، ثم أراد الراهن أن يعزل العدل عن البيع.. ليس له ذلك؛ لأن البيع صار حقاً للمرتهن، وبالعزل يبطل الحق.

فإن قيل: عزل الراهن العدل عن البيع لا يصح وإن كان بحضرة المرتهن ما لم يرض به.

بخلاف عزل الموكل وكيله بالخصومة.. فإنه صحيح إذا كان بحضرة الطالب، رضي به أو لا، ولو كانتا نظيرتين.. لما افترقتا من هذه الجهة.

أجيب: بأن مدار جواز العزل وعدمه على بطلان الحق وعدمه؛ فإذا بطل الحق.. بطل العزل، وفي الوكيل بالخصومة لم يبطل الحق بالعزل بحضرته؛ لما تقدم، فكان جائزاً.

وأما في مسألة الرهن؛ فلو صح العزل بحضرة المرتهن.. بطل حقه في البيع أصلاً؛ إذ لا يمكن أن يطالب الراهن بالبيع، كذا في «العناية».

حاصله: أن المراد بكونهما نظيرين: ليس من كل الوجوه، بل في عروض اللزوم لهما من وجه؛ فإن كانت الوكالة ببيع الرهن لازمة كالرهن [٣١٢/ب] حيث لا يملك الراهن عزله.. فكذلك الوكالة بالخصومة من جهة المطلوب بطلب من جهة الطالب لازمة؛ من حيث إنّ الموكل لا يملك عزله عند غيبة الطالب وإن كان يملكه عند حضرته؛ لعدم التضرر.

حينئذ أقول: كون الموكل مالكاً بعزل الوكيل بحضرة الطالب: جواب ظاهر الرواية.

وأما في غير ظاهر الرواية.. فلا يملك عزله بحضرة الطالب أيضاً إلا برضاه، على ما صرح به في نوع عزل الوكيل من وكالة «البزازية».

فعلى غير ظاهر الرواية: لا حاجة إلى الجواب المذكور؛ لأنهما حينئذ صارا نظيرين من كل الوجه.

ثم اعلم: أن الوكيل بالبيع إذا أخّر المطالبة بالثمن عن المشتري، فوكل الموكل بقبض الثمن عن المشتري:

ويتوقَّفُ انعزالُهُ على عِلْمِهِ، فتصرُّفُهُ قبلَهُ صَحِيحٌ.

فإن كان وكالة الموكل بأمر القاضي.. ليس للوكيل إخراج موكله غيرها.

وإن كان لا بأمر القاضي، بل من قبل نفسه.. له إخراجه وعزله عنها.

وعن محمد أيضاً: أنه لا يملك إخراجه عنها في الفصلين.

وعن أبي يوسف أنه قال: إنّ الوكيل بالبيع إذا في قبض الثمن.. أخرجه عنها وجعل حق قبضه للموكل؛ حتى إذا أدى المشتري ثمنه إلى الوكيل بعد علمه بالإخراج.. لا يبرأ.

وإن قبل علمه بالإخراج.. يبرأ.

وعن أبي حنيفة: أنه ليس للموكل ولا للقاضي إخراجه عن الوكالة في قبض ثمن ما باع وإن أخر، ولا يجبر الوكيل على قبضه أيضاً؛ لأن العزل عن حكم تصرف مضى لا يتصور.

(**ويتوقف انعزاله**)؛ أي: انعزال الوكيل بعزل الموكل بعد علمه بتوكيله وقبوله.

(**على علمه**)؛ أي: علم الوكيل بعزل الموكل له؛ لأن في انعزاله بغير علمه إضراراً به من وجهين:

أحدهما: من حيث بطلان ولايته الذي يتضمن تكذيبه؛ لأن الوكيل ينصرف بادعاء أن له ولاية التصرف، وفي عزله من غير علمه تكذيب له فيما ادعاه؛ لبطلان ولايته، وضرر التكذيب ظاهر.

والثاني: من حيث رجوع الحقوق إليه؛ فإنه ينفذ من مال الموكل إن كان وكيلاً بالشراء، ويسلم المبيع إن كان وكيلاً بالبيع؛ فإذا كان معزولاً.. كان التصرف واقعاً له بعد العزل، فيضمنه فيتضرر به.

فإذا توقف انعزاله على علمه.. (**فتصرفه قبله**)؛ أي: قبل علمه (**صحيح**)؛ لأنه باق على وكالته؛ كما أن القاضي إذا عزله السلطان.. لا ينعزل حتى يصل إليه خبر عزله.

حتى لو قضى قبل وصول الخبر إليه.. نفذ، كما في أول «العمادية».

وفي القاعدة الرابعة من «الأشباه»: وهذا في الوكيل بالخصومة وبالبيع والشراء، وهل هو كذلك في الرسول والوكيل بالطلاق والنكاح؟

ففي «البزازية»: وعزل الرسول لا يصح بلا علمه [٣١٤/أ]؛ يعني: لا يصح بلا علمه بالعزل بعد علمه بالرسالة.

وأما لو عزله قبل علمه بالرسالة.. فيصح بلا علمه بالعزل؛ كما في الوكالة.

وفيها أيضاً: وعزل الوكيل بالطلاق والنكاح لا يصح بلا علم؛ لأنه وإن لم يلحقهم الضرر فيه.. ولكنه يصير مكذباً، فيكون غروراً. انتهى.

وهذا هو الوجه الأول من الوجهين اللذين ذكرناهما آنفاً.

وفي «البزازية» أيضاً: كتب الموكل إلى وكيله الغائب كتاب عزله، فبلغه وعلم بما فيه، أو أرسل إليه عدلاً أو غيره، حراً أو عبداً، صغيراً أو كبيراً، فقال الرسول: الموكل أرسلني إليك لأبلغك عزله عن الوكالة.. انعزل.

وإن لم يرسل ولم يكتب إليه، لكنه أشهد على العزل حال غيبة الوكيل.. لا ينعزل.

وإن أخبره بالعزل عدل واحد أو مستوران.. انعزل وإن لم يصدق المخبر إذا بان صدقه؛ كما في حجر المأذون، والأخبار ببيع الدار المشفوع، ونكاح الولي البكر، وبجناية عبده.

وهل الوكيل بقبض الدين يتوقف عزله على علم المديون؟

ففي «البحر»: الوكيل بقبض الدين لا بحضور المديون.. له عزله، وإن بحضوره.. لا، ما لم يعلم به المديون؛ فلو دفع المديون دينه إلى هذا الوكيل قبل علمه بعزله.. يبرأ.

ولو دفعه إليه بعد علمه.. لا يبرأ، وهكذا في «البزازية» نقلاً عن «الظهيرية».

وهل يتوقف عزل الوكيل نفسه على علم الموكل؟

ففي «البزازية»: الوكيل لا يملك إخراج نفسه عن الوكالة بلا علم الموكل.

قلت: هذا ليس على إطلاقه، بل فيما إذا كان وكيلاً بشراء شيء بعينه.

وأما إذا كان وكيلاً بشراء شيء لا بعينه.. فإنّ للوكيل عزل نفسه عن الوكالة بلا علم الموكل، ذكره صاحب «العناية» في أول باب الوصي نقلاً عن الشارحين، فليطلب تفصيله منه.

ولو وكله بشرط أن لا يعزله.. فهل له أن يعزله بعده؟

ففي «البزازية»: وكله غير جائز الرجوع، ثم أراد الرجوع:

قال بعض المشايخ: ليس له أن يعزل في الطلاق والعتاق؛ كما لو قال لرجل: جعلت أمر امرأتي إليك فطلقها متى تشاء، أو قال: جعلت عتق عبدي في يدك تعتقه متى شاء، أو قال: أعتق عبدي إذا شئت، أو طلق امرأتي إن شئت.. لا يملك الرجوع.

وإن في البيع والشراء والإجارة.. يصح العزل.

وقال بعض مشايخنا: له العزل في كل الفصول، وليس فيه رواية مسطورة.

قال: كلما عزلتك.. فأنت وكيلي وكالة مستقبلة، ثم عزل.. ينعزل، لكنه يكون وكيلاً وكالة مستقبلة؛ لوجود الشرط وصحة تعليق الوكالة بالخطر.

وإذا أراد الموكل عزله عن الوكالة الدورية [٣١٤/ب].. كيف يعزله؟

قيل: يقول: عزلتك كلما وكلتك.

وإنه لا يصح؛ لأن فيه تعليق العزل بالشرط؛ حيث قال: يعني: إن صرت وكيلي.. فأنت معزول، وقد تقدم أن تعليق العزل بالشرط لا يصح، ولأن المعلقة بالعزل غير ثابتة، فكيف يصح العزل عنه؟

وَتبطلُ الْوكَالَةُ:

بِمَوْتِ الْمُوكِّلِ.

وجنونِهِ مطبقِاً، ....

واختار شمس الأئمة أن يقول: عزلتك عن الوكالات كلها، أو عزلتك عن ذلك كله، وإنه أيضاً مشكل؛ لأن الإخراج قبل الدخول في ذلك الشيء لا يتصور، والعزل إخراج، والمعلقة غير ثابتة، فلا يتصور الإخراج.

قال الفقيه أبو جعفر والإمام ظهير الدين: يقول: رجعت عن المعلقة وعزلت عن المنفذة، ولا يقدم العزل عن المنفذة على الرجوع عن المعلقة؛ لأنه إذا قدم العزل عن المنفذة.. ينجز وكالة أخرى من المعلقة، فلا ينعزل بعده عنها بالرجوع عن المعلقة.

وهذا.. إنما يتم إذا خص لفظ الرجوع بالمعلقة من الوكالات؛ احترازاً عن خلاف الإمام أبي يوسف: «أن الإخراج عن المعلقة بلفظ العزل لا يصح».

وقال صاحب «النظم»: لو قال متى عزلتك.. فأنت وكيلي، فطريق عزله أن يقول: عزلتك، ثم عزلتك بخلاف كلمة «كلما»؛ فإنه لاقتضائه التكرار يقول: رجعت عن المعلقة وعزلتك عن المنجزة، هكذا ذكره في «البزازية».

وقال في «الخلاصة»: والفتوى على ما قاله الإمام ظهير الدين.

وفيهما أيضاً: إذا وكل رجلاً وكالة معلقة بالشرط، ثم عزله قبل وجود الشرط:

عند أبي يوسف: لا يصح.

وعند محمد: يصح، وبه يفتى.

(**وتبطل الوكالة:**

• **بموت الموكل وجنونه مطبقاً**)، قد تقدم آنفاً: أن من الوكالة ما يجوز للموكل فيه أن يعزل الوكيل من غير توقف على رضا أحد، ومنها ما لا يجوز ذلك فيه إلا برضا الطالب.

ففي الأول: تبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنوناً مطبقاً، وبما سيأتي ذكره في الكتاب من اللحاق بدار الحرب مرتداً وغيره.

وفي الثاني: لا تبطل بشيء منها؛ لأن التوكيل في الثاني صار لازماً؛ لتعلق حق الغير به، فلا يكون لدوامه حكم ابتدائه، فلا يلزم بقاء الأمر لبقاء الوكالة.

بخلاف النوع الأول؛ لأن الوكالة فيه لما لم تكن لازمة.. كان لدوامه حكم ابتدائه، فيلزم بقاء الأمر لبقائها.

توضيحه: أن التوكيل عقد غير لازم؛ إذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضاء من الجانبين، وههنا ليس كذلك؛ لأن كلاً منهما ينفرد في فسخهما؛ فإن للوكيل أن يمنع نفسه عن الوكالة، وللموكل أيضاً أن يمنع الوكيل عنها.. فلا لزوم.

وكل تصرف غير لازم.. فلدوامه حكم ابتدائه؛ لأن المتصرف [٣١٥/أ] بسبيل من نقضه في كل لحظة، فصار كأنه يتجدد عقد الوكالة في كل ساعة، فينتهي، فكان كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد، ولا بد في ابتدائه من الأمر.. فكذلك فيما هو بمنزلته، وقد بطل الأمر بهذه العوارض، فلا تبقى الوكالة من هؤلاء؛ كما لم ينعقد منهم ابتداء.

فإن قيل: البيع بالخيار عقد غير لازم مع أنه لا يبطل بالموت، بل يتقرر.

أجيب: بأن الأصل في البيع: اللزوم، وعدمه لعارض الخيار؛ فإذا مات.. بطل العارض وتقرر الأصل. الكل في «العناية».

وقال في «البزازية»: قولهم: «ينعزل الوكيل بجنون الموكل وموته» مقيد بالموضع الذي يملك الموكل فيه عزل وكيله.

فأما في الرهن: إذا وكّل الراهن العدل أو المرتهن ببيع الرهن عند حلول الأجل أو الوكيل بالأمر باليد.. لا ينعزل وإن مات الموكل.

والوكيل بالخصومة بالتماس الخصم.. ينعزل بجنون الموكل وبموته.

والوكيل بالطلاق.. ينعزل بموت الموكل استحساناً، لا قياساً. انتهى.

والذي ظهر من إطلاق قوله: «والوكيل بالخصومة بالتماس الخصم ينعزل»: أن كل وكالة بالخصومة بالتماس الخصم ولو كانت لازمة.. تبطل بموت الموكل وبجنونه.

وإن ما لا يبطل بهما الوكالة اللازمة وكالتان فقط:

أحدهما: الوكيل ببيع الرهن.

والثاني: الوكيل بالأمر باليد.

وهذا خلاف ما ذكرناه من «العناية»؛ لأن المذكور فيه: أن الوكالة اللازمة بأنواعها لا تبطل بموت الموكل.

ويمكن التوفيق بينهما: أن مراد «البزازية» بقوله: «والوكيل بالخصومة بالتماس الخصم» هو الوكيل للطالب بالتماس الخصم، لا الوكيل للمطلوب بالتماس الطالب.

واللازم هو الثاني لا الأول، فلا يلزم بطلان بعض الوكالة اللازمة بموت الموكل وجنونه، على ما ذكره في «العناية».

ولا بدَّ من حمل كلام المصنف على ما في «العناية» وإن أطلقه.

قال في «البحر»: اعلم: أن الوكالة تبطل بموت الموكل إلا في بيع الوفاء.

قال في «جامع الفصولين»: باعه جائزُ الوكالة ثم مات موكله.. لا ينعزل بموت الوكيل.

والبيع الجائز: هو بيع الوفاء اصطلاحاً. انتهى.

وفي «الخلاصة»: والوكيل بالبيع إذا مات.. ينتقل حق القبض إلى وصيه، وإن لم يكن له وصي.. يرفع الأمر إلى القاضي حتى ينصب القاضي له وصياً، ولا يكون حق القبض للموكل.

وَحدُّه: شهرٌ عِنْد أبي يُوسُفَ، وحولٌ عِنْدَ محمَّدٍ، وَهُوَ الْمُخْتَارُ.

وبلحاقِهِ بدارِ الْحَرْبِ مُرْتَداً، خلافاً لَهما.

ولو كان البائع وكّل رجلاً بقبض الثمن في حياته.. كان حق قبض الثمن إلى وكيله لا إلى موكله.

قيد الموت والجنون: بالموكل، وكذا الحال في موت الوكيل وجنونه؛ لأن الوكالة تبطل بموت الوكيل [٣١٥/ب] وجنونه أيضاً، ولهذا لم يقيد في «الكنز» كما قيده المصنف؛ بل قال: تبطل الوكالة بموت أحدهما وجنونه مطبقاً ولحوقه مرتداً.

وإنما قيد الجنون بالإطباق؛ لأن قليله بمنزلة الإغماء، فلا تبطل الوكالة.

(وحدُّه)؛ أي: حد الجنون المطبق: **(شهر عند أبي يوسف)** اعتباراً بما سقط به الصوم، وهو الشهر.

وعنه: أنه أكثر من يوم وليلة؛ اعتباراً بما يسقط به الصلوات الخمس.

وهو رواية عن محمد أيضاً.

(وحول عند محمد)؛ اعتباراً بما يسقط به جميع العبادات، **(وهو المختار)** والأحوط.

- **(وبلحاقه)**؛ أي: الموكل **(بدار الحرب مرتداً، خلافاً لهما)**.

لأبي حنيفة: أن تصرفات المرتد عنده موقوفة، والوكالة من جملتها، فتكون موقوفة أيضاً؛ فإن أسلم.. نفذت، وإن قتل مرتداً أو لحق بدار الحرب.. بطلت الوكالة.

ولهما: أن تصرفات المرتد جائزة عندهما، فلا تبطل وكالته، إلا أن يموت أو يقتل أو يحكم بلحاقه حتى يستقر أمر اللحاق.

ولو كان الموكل امرأة، فارتدت.. فالوكيل لا ينعزل بارتدادها حتى يموت أو يلحق بدار الحرب؛ لأن ردتها لا تؤثر [في] عقودها لأنها لا تقتل، إلا توكيلها

وَكَذَا بعجزِ مُوكّله مكَاتباً، وحجرِه مَأْذُوناً، وافتراقِ الشَّرِيكَيْنِ، ....

بالتزويج.. فإن ردتها تخرج الوكيل به من الوكالة، هكذا ذكره في «الهداية»، ثم ذكر موت الوكيل وجنونه ولحاقه بدار الحرب وسنذكره أيضاً.

• (**وكذا**)؛ أي: تبطل الوكالة (**بعجز موكله مكاتباً**) حال من الوكيل؛ يعني: إذا وكل المكاتب، ثم عجز عن الكتابة.

• (**وحجره مأذوناً**) عطف على: «عجز موكله»؛ أي: إذا وكل العبد المأذون له رجلاً، ثم حجر العبد.

• (**وافتراق الشريكين**)؛ أي: تبطل بافتراق الشريكين أيضاً؛ يعني: إذا وكل المكاتب، ثم عجز أو العبد المأذون له، ثم حجر عليه، وكان التوكيل بالبيع أو الشراء.. بطلت الوكالة.

وكذا: إذا وكل أحد الشريكين ثالثاً بشيء مما لم يله بنفسه فافترقا.. بطلت الوكالة؛ لأن بقاء الوكالة يعتمد قيام الأمر، وقد بطل الأمر بالعجز والحجر والافتراق.

ولا فرق في هذا بين العلم وعدمه؛ لأنه عزل حكمي.. فلا يتوقف على العلم؛ كالوكيل بالبيع إذا باعه الموكل.

وإنما قيدنا توكيل المكاتب والعبد المأذون: «بالبيع والشراء» لأنهما إذا وكلا بقضاء الدين أو التقاضي.. لا تبطل هذه الوكالة بالعجز والحجر؛ لأن العبد مطالب بإيفاء ما وليه، وله ولاية مطالبة استيفاء ما وجب له؛ فإذا بقي حقه.. بقي وكيله على الوكالة.

وقيدنا توكيل أحد الشريكين: بما لم يله بنفسه؛ لأنه إذا وكل أحد المتفاوضين وكيلاً بشيء هو وليه بنفسه، ثم افترقا واقتسما وأشهدا على أنه لا شركة بينهما، ثم أمضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم أو لا يعلم.. جاز [٣١٦/أ] ذلك عليهما؛ لأن

وَتصرفِ الْمُوكلِ فِيمَا وُكِّل بِهِ.

وَلَا يشْتَرطُ فِي الْمَوْت وَمَا بعدَهُ عِلْمُ الْوَكِيلِ.

توكيل أحدهما في حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما، فصار وكيلاً من جهتهما، فلا ينعزل بنقضهما الشركة، كذا في «العناية» نقلاً عن «المبسوط».

فإن قيل: إن ما ذكر في «العناية» لم يفصل بين ما وليه بنفسه وبين ما لم يله، فما الفارق بينهما؟

أجيب عنه: بأن أحد المتفاوضين إذا وكل فيما وليه.. كان لتوكيله جهتان: جهة مباشرته، وجهة كونه شريكاً؛ فإن بطلت جهة كونه شريكاً بفسخ الشركة.. لم تبطل الأخرى، وهي مستندة إلى حال المفاوضة.

وتوكيل أحدهما في حال المفاوضة كتوكيلهما، فبقي في حقهما.

وإذا وكل فيما لم يله.. كان لتوكيله جهة كونه شريكاً لا غير، وقد بطلت بفسخ الشركة فيبطل في حقهما جميعاً.

• (و) تبطل أيضاً بـ(**تصرف الموكل فيما وكل به**)؛ سواء كان من قبيل الإثباتات أو من قبيل الإسقاطات من البيع والشراء والتزويج والخلع والعتق والطلاق والكتابة ونحوها؛ لأنه لما تصرف هو بنفسه.. تعذر على الوكيل التصرف، فبطلت الوكالة لانقضاء [الحاجة].

(**ولا يشترط في الموت وما بعده**) - من اللحاق والعجز والحجر والافتراق والتصرف - (**علم الوكيل**)؛ لأنه عزل حكمي قصدي.. فلا يتوقف على العلم به.

واعلم: أن كلاً من الموت والجنون المطبق واللحاق بدار الحرب مرتداً، كما تبطل الوكالة من جانب الموكل.. كذلك يبطلها في جانب الوكيل أيضاً.

أما الموت والجنون؛ فلأن الوكيل بعروضهما: لم يبق محلاً لأمر الآمر، فلم تبق الوكالة أيضاً؛ لأن بقائها ببقاء الآمر؛ فإذا بطل الآمر.. بطلت هي أيضاً.

وأما اللحاق بدار الحرب مرتداً؛ فلأنه إذا لحق بدار الحرب مرتداً.. لم يجز أن يتصرف فيما وكل به، إلا أن يعود مسلماً.. فحينئذٍ يجوز تصرفه فيه؛ لعود الوكالة.

قالَ في «الهداية»: هذا عند محمد.

وقال أبو يوسف: فلا تعود الوكالة وإن عاد مسلماً.

لمحمد: أن التوكيل إطلاق؛ لأنه رفع المانع؛ لأنه كان ممنوعاً شرعاً عن التصرف في ملك موكله؛ فإذا وكله.. دفع المانع الشرعي، والإطلاق باق وكيلاً كالأول.

وهذا، وإن كان من قبيل تخصيص العلة، لكن المخلص معروف.

ولأبي يوسف: أنه إثبات؛ لأن التنفيذ للوكيل، وإثبات هذه الولاية يتصل بالملك؛ لأنه تمليك، والتمليك بلا ملك غير متصور، فكان الوكيل مالكاً للتنفيذ بالوكالة، وقد بطل الملك باللحاق.. فتبطل الولاية أيضاً، وإذا بطلت الولاية.. بطل التوكيل، لئلا تتخلف العلة عن المعلول، وإذا بطلت.. لا تعود؛ كملكه في المدبر وأم الولد.

وقال في «العناية»: هذا الخلاف بين محمد وأبي يوسف فيما إذا قضى القاضي بلحاقه.

وأما إذا لم يقض [٣١٦/ب] بذلك.. فإنه لا يخرج عن الوكالة عندهم جميعاً.

ثم قال: ولو عاد الموكل مسلماً بعد القضاء بلحاقه بدار الحرب مرتداً.. لا تعود الوكالة في ظاهر الرواية.

وعن محمد: أنها تعود كما في الوكيل؛ لأن الموكل إذا عاد مسلماً.. عاد عليه ماله على قديم ملكه، وقد تعلقت بقديم ملكه، فيعود الوكيل على وكالته؛ كما لو وكل ببيع عبده، ثم باعه الموكل بنفسه، ورد عليه بعيب بقضاء القاضي.. عاد الوكيل على وكالته.

ووجه الفرق لمحمد على ظاهر الرواية: أن مبنى الوكالة:

في حق الموكل: على الملك، وقد زال بردته والقضاء بلحاقه.

وفي حق الوكيل: على معنى قائم به، ولم يزل باللحاق.

وأبو يوسف: سوى في عدم العود بين الفصلين.

* * *

الفهرس